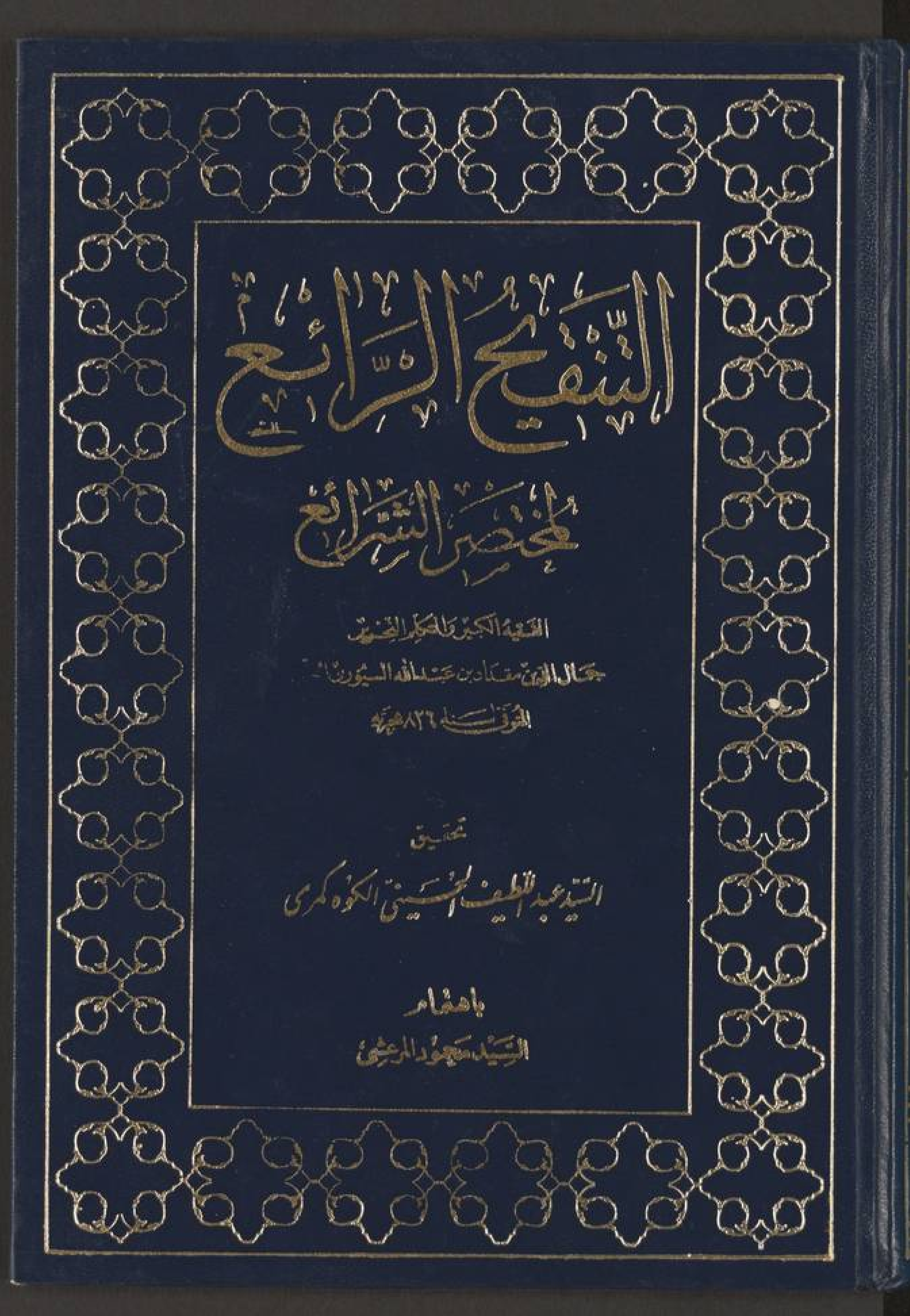

التنقيح الرائع
لمختصر الشرائع
الفقيه الكبير والمحقق النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية
تحقيق
السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري
باهتمام
السيد محمود المرعشي

Suyūrī, al-Miqdād ibn ʿAbd Allāh
"
[al-Tanqīḥ al-rāʾiʿ
lil-Mukhtaṣar al-Sharāʾiʿ]

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة
(٩)

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

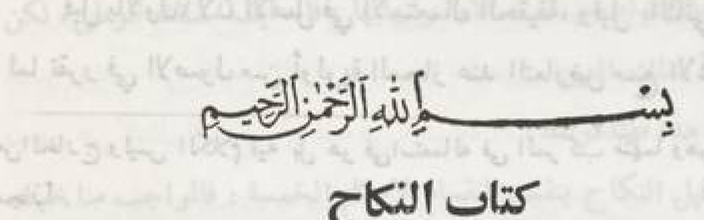
الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

(الجزء الثالث)

تحقيق
السيد عبد اللطيف الكوهكمري

باهتمام
السيد محمود المرعشي

كتاب : التنقيح الرائع لمختصرالشرائع
تأليف : الفاضل المقداد بن عبدالله السيورى
نشر : مكتبة آية الله المرعشى
طبع : مطبعة الخيام ـ قم
العدد : (٢٠٠٠)
التاريخ : ١٤٠٤ هـ
الطبعة : الاولى



كتاب النكاح

وأقسامه ثلاثة :

الاول : فى الدائم وهو يستدعى فصولا :

(الاول) فى صيغة العقد وأحكامه وآدابه .

أما الصيغة : فالايجاب والقبول .

قال الجوهري: النكاح[1] الوطیء، وقد يكون العقد، تقول نكحتها ونكحت هي أي تزوجت .

ثم انه ورد في الكتاب تارة بمعنى العقد كقوله تعالى «ياأيها الذين آمنوا اذا

---

١) فى الرياض : النكـاح هو فى اللغة الوطیء على الاشهـر كما نقل ، بل عليه الاجماع فى المختلف ، وهو الظاهر من الجوهرى كغيره من اهلها ، الا أن المحكى عن الراغب استحالته وعن ابى القاسم الزجاج اشتراكه بينه وبين العقد وهوالظاهر من غيره أيضاً .

وربما قيل بمجازيته فيهما ، لاخذهما من الضم والاختلاط والغلبة . ورد بعدم منافاة التجوز باعتبار أصله الحقيقة فيهما أوفى أحدهما فى عرف اللغة ، مضافاً الى كون اطلاقه على الوطیء باعتبار وجود احد المعانى فيه ، وهو لاينافى الحقيقة .

ويتوجه على الاول ان عدم المنافاة فرع وجود الدليل على الدعوى وليس فالاصل عدم النقل ، وعلى الثانى انه يتوقف صحته على ارادة ما ذكر من حاق اللفظ والخصوصية

نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة »[1]
وتارة بمعنى الوطء كقوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »[2]، فهل هو شرعاً مشترك بينهما أو حقيقة في الاول مجاز في الثاني ؟

قيل بالاول، لان الاصل في الاستعمال الحقيقة، وقيل بالثاني . وهو الاقرب لما تقرر في الاصول من أولوية المجاز عند التعارض مع الاشتراك ، وحيث

من الخارج وليس الكلام فيه بل هو في استعماله في المركب منهما وهو غير الاصل فيكون مجازاً .

وفي الشرع العقد خاصة على الاشهر كما حكى، بل عن الشيخ والحلي والايضاح دعوى الاجماع عليه ، وهو الحجة فيه مع أصالة عدم النقل ان قلنا باتحاد اللغة معه وغلبة استعماله في الشرع كذلك ، حتى قيل انه لم يرد في القرآن بذلك الا قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » لاشتراط الوطء في المحلل وفيه نظر وهي امارة الحقيقة ، لايرائها التبادر لالصحة النفي في مثل « هذا سفاح وليس بنكاح » لاحتمال الاعتماد على القرينة كما فيه . وقيل بالعكس للاصل بناء على كونه لغة كذلك، وقيل بالاشتراك بينهما للاستعمال والاصل فيه الحقيقة ولقوله « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم » لدخول الامرين فيه .

ويضعف الاول بعد تسليم الثبوت لغة كذلك بتخصيص الاصل بمامر، والثاني بأعمية الاستعمال وعدم الدليل على ارادتهما معاً مع الاية وتساويهما في الحكم على تقدير تسليمه غير ملازم لذلك .

هذا على القول بجواز استعمال المشترك في معنييه والا فهو باطل من اصله . انتهى قوله رحمه الله .

أقول : قال الراغب في نكح : اصل النكاح للعقد ثم استعير للجماع ، ومحال ان يكون في الاصل للجماع ثم استعير للعقد ، لان اسماء الجماع كلها كنايات لاستقباحهم ذكره كاستقباح تعاطيه ، ومحال ان يستعير من لايقصد فحشاً اسم مايستفظعونه لما يستحسنونه ، قال تعالى « وانكحوا الايامى » « اذا نكحتم المؤمنات فانكحوهن باذن اهلهن » الى غير ذلك من الايات .

١) سورة الاحزاب : ٤٩ .
٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

غلب استعماله في العقد بالاستقراء وصح نفيه عن الوطيء ، اذ يقال « هذا سفاح وليس بنكاح » ، وهما من علائم الحقيقة كان حقيقة في العقد، فهو اذاً عقد لفظي مملك للوطيء ابتداء .

واحترزنا بالابتداء عن شراء الامة واتهابها ، فانه أيضاً مملك للوطيء لكن لا ابتداء بل تبعاً لملك العين .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) قيل النكاح ينقسم بانقسام الاحكام الخمسة : فالواجب ما خيف مع عدمه الوقوع في الزنا ، والحرام ما منع منه كنكاح الخامسة وما اشتمل على ترك واجب ، والمكروه كنكاح القابلة المربية ومن ولد من الزنا ، والمندوب هو ماحصلت معه القدرة على المؤنة والشهوة غير المخوف معها الزنا وهو اجماع ، والمباح عند الشيخ فى المبسوط[1] هو ما لم تحصل معه الشهوة وان حصلت القدرة . وعند ابن حمزة من المكروه ما انتفى فيه الشهوة والقدرة معاً فان انتفى أحدهما فهو مباح .

(الثانية) الاقرب أنه مستحب مطلقاً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ما استفاد امرؤ مسلم فائدة بعد الاسلام أفضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر اليها وتطيعه اذا أمرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله[2]. وغير ذلك من الاحاديث .

---

١) المبسوط ١٦٠/٤ قال فيه : النكاح مستحب فى الجملة للرجل والمرأة ليس بواجب خلافاً لداود . والناس ضربان ضرب مشته للجماع وقادر على النكاح وضرب لايشتهيه . فالمشتهى يستحب له ان يتزوج والذى لايشتهيه المستحب ان لايتزوج لقوله تعالى « وسيداً وحصوراً » ، فمدحه على كونه حصوراً وهو الذى لايشتهى النساء وقال قوم هو الذى يمكنه ان يأتى ولكن لايفعله . انتهى .

أقول : ظهور كلامه هذا استحباب ترك النكاح لمن لايشتهيه .

٢) الكافى ٣٢٧/٥ ، التهذيب ٢٤٠/٧ ، الفقيه ٢٤٦/٣ ، الوسائل ٢٣/١٤ .

ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة : زوجتك ، وانكحتك ، ومتعتك . والقبول وهو الرضاء بالايجاب .

واحتجاج الشيخ بأنه مدح عيسى عليه‌السلام بالحصور وهو الذي لايقارب النساء يدل على أفضلية الترك . ضعيف ، لجواز كونه من خواص الانبياء اذا منعهم عن كمال التبلغ ، أو أنه في الشريعة السابقة كذلك ، ولذلك كان عيسى عليه‌السلام غيرموصوف به مطلقاً ، ولايلزم مثله في حق نبينا عليه السلام لجواز اختصاصه من الله بمزيد عناية يقدرمعه على كمال التبليغ من غيرمعارضة النكاح له . مع اشتمال النكاح على تكثيرالنسل المفيد لتكثير اشخاص النوع ، ولما فيه من رياضة النفس وتسكين الشهوة عن معارضة القوة العاقلة .

(الثالثة) لوتعارض التخلي للعبادة المندوبة والنكاح بحيث لايحصل كمال التخلي الامع تركه هل هوأفضل أمالتخلي ؟ الحق الاول، لما قلناه من الحديث ولكونه أيضاً عبادة لما تقرر من فضيلته في نفسه ، قال عليه السلام : رذال موتاكم العزاب[1] . وقال : ركعتان يصليهما المتزوج أفضل من سبعين ركعة يصليها أعزب[2].

قوله : ويشترط النطق بأحد ألفاظ ثلاثة زوجتك وانكحتك ومتعتك

---

١) الكافي ٣٢٩/٥ ، التهذيب ٢٣٩/٧ ، الفقيه ٢٤٢/٣ وفي الاخير « اراذل » وهو جمع رذل بمعنى ردأ فهورذل ، ويجمع على ارذل مثل كلب واكالب واكلب ،والانثى رذلة والرذال بالضم والرذالة بمعناه وهوالذى انتفى جيده وبقى ارذله .

والعزاب جمع عزب بفتحتين يقال للرجل اذا لم يكن له اهل، ويقال : وامرأة عزب أيضاً .

٢) الكافي ٣٢٨/٥ ، الفقيه ٢٤٢/٣ ، التهذيب ٢٣٩/٧ في الاخير: يصليهما الاعزب .

أما الاولان فلاخلاف في وقوعه بهما ، ولقوله تعالى « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها »[1] وقوله « حتى تنكح زوجاً غيره »[2].

وأما الثالث فلاخلاف أيضاً فى وقوع المنقطع به لكونه صريحاً فيه، وهل يقع به الدائم ؟ قيل نعم ، واختاره المصنف هنا ، لما ورد أنه مع الاخلال بالاجل ينقلب دائماً ، مع أنه قد تقرر وقوع المنقطع به فجاز حينئذ وقوع الدائم به .

وفيه نظر ، لان انعقاده دائماً مبني على جوازانعقاد الدائم بلفظ « متعت » فلوبني الجواز عليه دار . والاقوى عدم الوقوع به لوجهين :

« ١ » ـ أصالة عصمة الفرج ، خرج منه موضع الاجماع فيبقى الباقي على أصله .

«٢» ـ لاكلام في كون «متعت» حقيقة في المنقطع فيكون مجازاً في الدائم والالزم الاشتراك، ولايجوز استعمال الالفاظ المجازية في العقود والالزم الاشتمار وعدم انحصار الالفاظ ، وهومنفي بالاجماع .

ويترتب على ذلك فوائد :

(الاولى) انه لايصح وقوعه بغير العربية الامع العجز .

(الثانية) لايصح بالمرادف من الالفاظ العربية .

(الثالثة) يجب توقي اللحن المخل بالمقصود .

(الرابعة) حيث أن القبول كالمعلول والاثر للايجاب فلفظ الايجاب يدل عليه ، فلايشترط فيه لفظ معين بل كل ما دل على الرضا صح وقوعه به .

---

١) سورة الاحزاب : ٣٧ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضى ؟ الأحوط نعم ، لانه صريح فى الانشاء .

ولو أتى بلفظ الامر كقوله للولى : زوجنيها ، فقال : زوجتك ، قيل : يصح كما فى قصة سهل الساعدى .

ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله : أتزوجك ، قيل : يجوز كما فى خبر ابان عن الصادق عليه السلام فى المتعة : أتزوجك ، فاذا قالت : نعم ، فهى امرأتك .

قوله : وهل يشترط وقوع تلك الالفاظ بلفظ الماضى ؟ الاحوط نعم لانه صريح فى الانشاء

علم من استقراء قواعد الشرع استعمال الماضي في الانشاءات ليكون نصاً في الوقوع لدخول الماضي في الوجود ، لان المستقبل محتمل للوعد ، فمع جوازه ان أوقع عقداً آخر بلفظ المستقبل عاد الكلام فيه كالاول وهلم جراً ، بخلاف الماضي فانه نص في الانشاء ، لانه ان علم عدم سبق صيغة فهو الانشاء والافهو اقرار يفيد فائدة الانشاء. ومراد المصنف بقوله «تلك الالفاظ» ما هو أعم من ألفاظ الايجاب أو القبول، والا لما كان لايراد الخبرين وجه لانهما في القبول لا الايجاب ، ولو قال الاجود أو الاقوى نعم كان أولى .

قوله : ولواتى بلفظ الامر كقوله للولى زوجنيها . الى قوله : ولواتى بلفظ المستقبل كقوله اتزوجك ـ الى آخره

هذا اشارة الى ما قاله الشيخ في « المبسوط »[1] من صحة وقوع القبول بلفظ الامر أو الاستقبال .

---

١) المبسوط ٤/ ١٩٤ .

ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت . صح ، لانه يتضمن السؤال .

أما الاول فلخبرسهل الساعدي : ان امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فوهبته نفسها فلم يقبل ذلك، فقال له رجل: زوجنيها يا رسول الله . فقال : على أي شيء . فقال : على ازاري هذا . قال : ان أعطيتها اياه جلست ولا أزارلك فالتمس غيره . فقال : ما أجد شيئاً .فقال له : هل معك شيء من القرآن . قال : نعم سورة كذا وسورة كذا وسماهما . فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : زوجتكها بما معك من القرآن[1].

وفيها دلالة على أمور: « ١ » جواز تقدم القبول ، «٢» وقوع تعليم القرآن مهراً ، « ٣ »كون التمكن من النفقة ليس شرطاً في الحال ، « ٤ »كون النبي صلى الله عليه وآله وسلم أولى بالمؤمنين من أنفسهم[2] ، « ٥ »كون الخطبة للنكاح غيرواجبة والا لما تركها صلى الله عليه وآله وسلم ويجوز تركه للندب تعليماً لجوازه، « ٦ » وقوع القبول بلفظ الامر . وفيه نظر، لامكان الاعادة بلفظ الماضي وعدم النقل لايستلزم العدم .

وأما الثاني فلخبر أبان بن تغلب عن الصادق عليه‌السلام[3] في المتعة . وفيه أيضاً النظر المتقدم أواضمار تقديره فهي امرأتك ان قبلت ،واطلاق اسم امرأتك تجوز تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه .

قوله: ولوقال زوجت بنتك من فلان فقال نعم فقال الزوج قبلت صح لانه يتضمن السؤال

---

١) المستدرك الباب ٢ من ابواب المهور ، السنن للبيهقى ٢٤٢/٧ ، كنزالعمال ٥٣٩/١٦ مع اختلاف فى هذه المصادر .

٢) اشارة الى الاية الشريفة ٦ من سورة الاحزاب .

٣) الكافى٥/٤٥٥ ، التهذيب ٢٦٥/٧ ، الاستبصار٣/١٥٠، الوسائل ٤٦٦/١٤.

ولا يشترط تقديم الايجاب .

هذا الحكم ذكره الشيخ[1] ، ووجهه أن « نعم » صريحة في اعادة ما تقدم من السؤال أعني زوجت ، وزوجت صريح والصريح في الصريح صريح .

وفيه نظر، لان «هل زوجت » بفتح التاء استخبار فهوانشاء و«نعم زوجت» بضم التاء خبر ، لانه لو كان انشاء لـم يصلح أن يكون جواباً للاستخبار ، لان معناه هل وقع منك زواج في الزمن الماضي أم لا، فيكون الجواب وقع أولم يقع ، فان كان قد وقع صح ورجع القبول من الزوج الى الانشاء السابق، وان لم يقع لم يكن الخبرالمعبرعنه بنعم للايجاب بل لابد من اعادة الايجاب .

نعم يحكم عليه لكونه اقراراً ، لكن الاقرار لايصلح لتحليل البضع ، لانه ليس سبباً بل كاشف عن السبب . والاولى عدم الوقوع ، وهو اختيار العلامة في المختلف وولده .

قوله : ولايشترط تقديم الايجاب

هذا هوالمشهور، قال الشيخ في المبسوط[2] انه بغيرخلاف وجعل الحجة في ذلك خبري سهل وابان . وقد عرفت ما فيهما .

فالاولى أن يقال : لاشك أن الاصل يقتضي تقديـم الايجاب لكونه كالعلة والمؤثرالمتقدمين علىالمعلول أوالاثرطبعاً، وعدل عن ذلك فيالنكاح لان حياء المرأة يمنعها من الابتداء به .

---

١) المبسوط ١٩٣/٤ .

٢) المبسوط ١٩٤/٤ قال فيه : فاذا تعاقدا فان تقـدم الايجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح وكذلك اذا تقدم الايجاب فى البيع على القبول صح بلا خلاف ،واما انتأخر الايجاب وسبق القبول فانكان فى النكاح فقال الزوج زوجتنيها فقال زوجتكها صح وان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبرسعد الساعدى .الى آخرماقال .

ولا تجزى الترجمة مع القدرة على النطق وتجزى مع العذر ، كالاعجم وكذا الاشارة للاخرس .

وأما الحكم فمسائل :

(الاولى) لاحكم لعبارة الصبى ولا المجنون ولا السكران .

وفى رواية : اذا زوجت السكرى نفسها ثم أفاقت فرضيت به أو دخل بها وأقرته كان ماضياً .

قوله : ولاتجزى الترجمة مع القدرة على النطق

هذا قول الشيخ في المبسوط[1] وادعى عليه الاجماع ، وجعل ابن حمزة ايقاع العقد بالعربية من المستحبات،وهويستلزم جوازايقاعه بلغة أخرى محتجاً بأن المقصود هوالمعنى بالذات واللفظ مقصود بالعرض، لان الغرض منه كونه آلة لايصال المعنى الى الذهن ، فأي لفظ أدى ذلك كفى .

وفيه نظر ، لانا نمنع عدم تعلق الغرض بخصوص اللفظ ، بل الخصوص مقصود والالجاز المرادف فيلزم الاشتمار .

قوله : وفى رواية اذا زوجت السكرى نفسها ثم افاقت فرضيت او دخل بها فأفاقت واقرته كان ماضياً

هذه رواية محمدبن اسماعيل بن بزيع في الصحيح عن الصادق عليه السلام[2]

---

١) المبسوط ١٩٤/٤ قال فيه : فان عقدا بالفارسية فان كان مع القدرة على العربية فلا ينعقد بلا خلاف وان كان مع العجز فعلى وجهين احدهما يصح وهو الاقوى والثانى لايصح .

٢) الفقيه ٢٥٩/٣ ، التهذيب ٣٩٢/٧ عن محمدبن اسماعيل بن بزيع قال: سألت الرضا عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب نبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم افاقت فأنكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها فورعت منه ـ فى التهذيب : ففرعت منه ـ

(الثانية) لايشترط حضور شاهدين ولا ولي ، اذاكانت الزوجة بالغة رشيدة على الاصح .

وعمل بها الشيخ في النهاية[1] والقاضي ومنعها ابن ادريس[2].

والاولى العمل عليها لصحتها ، لكنها محمولة على سكرلم يسلب أهليـة الايجاب لعدم زوال عقلها بالكلية، فان عملنا بها على الوجه المذكورانسحب الحكم في الزوج لو كان سكراناً أوكانا معاً سكرانين لحصول القصد .

قوله : لايشترط حضورشاهدين ولاولي اذا كانت الزوجة بالغة رشيدة على الاصح

هذا قول الاصحاب جملة ، ولم يخالف فيه غيرابن ابى عقيل ، فانه جعل ذلك شرطاً في الدائم خاصة ، محتجاً برواية المهلب الدلال عن الكاظم عليه السلام[3] . لكنها مشتملة على المكاتبة مع أن رجالها غيرمعلومة فلايعول عليها مع اجماع الاصحاب على خلافها ، وكفى بذلك دليل .

فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها اوالتزويج فاسد لمكان السكر ولاسبيل للرجل عليها ـ فى التهذيب : للزوج عليها ـ فقال :اذا اقامت معه بعد ماافاقت فهو رضاها ـ فى التهذيب: رضا منها ـ فقلت :وهل يجوزذلك التزويج عليها؟ ـ ليس « هل » فى التهذيب ـ فقال : نعم .

١) النهاية : ٢٦٨ قال فيه : واذاعقدت المرأة على نفسها وهى سكرى كان العقد باطلا،فان افاقت ورضيت بفعلها كان العقد ماضياً ،وان دخل بها الرجل فى حال السكر ثم افاقت الجارية فأقرته على ذلك كان ذلك ماضياً .

٢) السرائر : ٢٩٨ قال فيه بعد نقل قول الشيخ بالصحة : والذى يقوى عندى ان هذا العقد باطل، فاذاكان باطلا فلايقف على الرضا والاجازة لانه لوكان موقوفاً وقف على الفسخ والاجازة وشيخنا قال كان العقد باطلا ، فاذا كان باطلا فكيف يكون فى نفسه بعد الافاقة والرضا ماضياً ـ الى آخرماقال رحمه الله .

٣) التهذيب ٢٥٥/٧ ، الاستبصار ١٤٦/٣ .

(الثالثة) لوادعى زوجية امرأة وادعت أختها زوجيته، فالحكم لبينة الرجل الا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أو تقديم تاريخ. ولوعقد على امرأة وادعى آخر زوجيتها لم يلتفت الى دعواه الا مع البينة.

وأما ما رواه الجمهور من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لانكاح الابولي وشاهدي عدل[1]. فان فيه اضماراً ضرورة، وهو اما الجواز أوالصحة، وليس ذلك بأولى من اضمار الافضلية ولاكلام فيها ويكون كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لاصلاة لجارالمسجد الا في المسجد[2] ولاصدقة وذورحم محتاج[3]، وكذا ما رووه من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ايما امرأة نكحت بغيراذن وليها فنكاحها باطل[4] محمول على الصغيرة، ويعارض بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الايم أحق بنفسها من وليها[5]. وبقوله: ليس للولي مع الثيب أمر[6].

قوله: لوادعى زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته فالحكم لبينة الرجل الا أن يكون مع المرأة ترجيح من دخول أوتقدم تاريخ

---

١) كنزالعمال ٣٠٨/١٦ بلفظ: «لانكاح الا بولي وشاهدين» وفي اخرى «وشاهدى عدل»، سنن ابن ماجة ٦٠٥/١، سنن الترمذى ٤٠٧/٣ ليس في كليهما «وشاهدي عدل» الا انه في الثاني انعقد باباً «باب ماجاء لانكاح الا ببينة» واخرج عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال: البغايا اللاتى ينكحن انفسهن بغير بينة.

٢) راجع الوسائل ٤٧٨/٣ الباب ٢ من ابواب احكام المساجد.

٣) الاحتجاج ٣١٤/٢، اخرجه عن الحميرى هكذا: لايقبل الله الصدقة وذورحم محتاج.

٤) سنن الترمذى ٤٠٨/٣، سنن ابن ماجة ٦٠٥/١، كنزالعمال ٣٠٩/١٦.

٥) كنز العمال ٣١٠/١٦.

٦) كنز العمال ٣١١/١٦ وفي رواية: الثيب احق بنفسها من وليها اخرجه في كنز العمال ٣١٢/١٦.

هنا فوائد :

(الاولى) اذا فرض حصول الصورة المفروضة فلايخلو الحال : اما أن لا يقيما معاً بينة أويقيما معاً بينة أويقيم احدهمابينة دون الاخر ، واذا أقاما بينة فاما أن يكونا مطلقتين أومؤرختين أواحداهما مطلقة والاخرى مؤرخة ، واذا كانتـا مؤرختين فاما أن يتقدم تاريخ بينته أو تاريخ بينتها او اقترنا ، فالاقسام حينئذ أربعة عشر :

« ١ » ـ أن لايقيما بينة ولايكون قد دخل ، فالقول قوله عملا بالقاعدة[1] .

« ٢ » ـ المسألة بحالها ويكون قد دخل بالمدعية ، فالقول قولها لتصديقه اياها بفعله الذي الاصل فيه الصحة .

« ٣ » ـ أن يقيم أحدهما البينة دون الاخر ، فالحكم لصاحب البينة ان لم يكن قد دخل .

« ٤ » ـ المسألة بحالها ويكون قد دخل فالحكم كذلك .

« ٥ » ـ أن يقيما بينتين مطلقتين ويدخل ، فالحكم لبينتها .

« ٦ » ـ المسألة بحالها ولم يدخل ، فيقدم بينته للنص .

«٧» ـ أن تكون احداهما مطلقة والاخرى مؤرخة ويكون قد دخل ، فالحكم لبينتهـا .

« ٨ » ـ المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينته .

« ٩ » ـ أن تكونا مؤرخين ويدخل مع تقدم تاريخ بينته ، فالحكم لبينتها وهوعلى خلاف الاصل ، لان مقتضى القاعدة سقوط متأخر التاريخ لكن النص والرواية عليه .

---

١) والقاعدة المشار اليها هي « البينة على المدعي واليمين على من انكر » وهومنكر دعواها .

(الرابعة) لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ثم اختلفا فى المعقود عليها فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التى قصدها فى العقد ان كان الزوج رآهن .

« ١٠ » - المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينته .

« ١١ » - أن يتقدم تاريخ بينتها ويكون قد دخل ، فالحكم لبينتها .

« ١٢ » - المسألة بحالها ولم يدخل ، فالحكم لبينتها .

« ١٣ » - اقترنا ولم يدخل ، فالحكم لبينته. وهذا أيضاً بالنص، لان مقتضى القاعدة أن مع اتحاد التاريخ التساقط .

« ١٤ » - اقترنا وقد دخل ، فالحكم لبينتها للنص أيضاً .

(الثانية) اذا كان المقدم في الصورة المذكورة سابق التاريخ لم يحتج الى اليمين قطعاً، واذا كان المقدم غير سابق التاريخ فهل يحتاج مع ذلك الى اليمين أم لا ؟ يحتمل الاحتياج ، لكون ذلك خلاف الاصل فيضعف فيقوى باليمين . ويحتمل العدم، لعدم اشتراط ذلك في النص، فلو اشترطناه لزم اقامة جزء السبب مقامه . وهو باطل .

(الثالثة) هل يتعدى الحكم في الصورة المذكورة لو كان المدعي الام والبنت استشكله العلامة في القواعد[1] من أنه على خلاف الاصل فيقتصر به على محله ومن اتحاد الصورة وهو كل مرأتين لا يجمع بينهما في النكاح ولا مدخل للاجنبية في الحكم . والحق عدم التعدي ، لانه القياس بعينه .

قوله: لو كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها ثم اختلفا فى المعقود عليها فالقول قول الاب، وعليه أن يسلم اليه التى قصدها فى العقد ان كان الزوج رآهن

---

١) القواعد ، اواخر الفصل الاول من الباب الثانى .

وان لم يكن رآهن فالعقد باطل .

وأما الاداب فقسمان :

(الاول) آداب العقد .

ويستحب له أن يتخير من النساء البكر العفيفة الكريمة الاصل، وأن يقصد السنة لا الجمال والمال فربما حرمهما .

ويصلي ركعتين ويسأل الله تعالى أن يرزقه من النساء أعفهن وأحفظهن وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة .

ويستحب الاشهاد والاعلان والخطبة أمام العقد وايقاعه ليلا.

ويكره والقمر فى العقرب ، وأن يتزوج العقيم .

(القسم الثانى) فى آداب الخلوة :

وان لم يكن رآهن فالعقد باطل

أصل هذه المسألة رواية ابى عبيدة عن الباقر عليه السلام[1] . وأفتى الشيخ في النهاية[2] بمضمونها ، وتبعه القاضي .

وقال ابن ادريس[3] الشيخ رجع عن ذلك في المبسوط[4] وحكم ببطلان العقد وان رآهن الزوج ، لان امتياز المعقود عليها شرط في صحة العقد وهو مفقود هنا . وأيضاً أي دخل لرؤية الزوج في صحة العقد وعدمها في عدم الصحة .

---

١) التهذيب ٣٩٣/٧ ، الفقيه ٢٦٧/٣ ، الكافى ٤١٢/٥ .

٢) النهاية : ٤٦٨ .

٣) السرائر: ٢٩٩ .

٤) المبسوط ١٩٢/٣ .

يستحب صلاة ركعتين اذا أراد الدخول ، والدعاء ، وأن يأمرها بمثل ذلك عند الانتقال ، وأن يجعل يده على ناصيتها ويكونا على طهر ، ويقول : اللهم على كتابك تزوجتها الى آخر الدعاء ، وأن يكون الدخول ليلا ، ويسمى عند الجماع ، وأن يسأل الله تعالى أن يرزقه ولداً ذكراً .

واختار المصنف والعلامة[2] قول الشيخ في النهاية والعمل بالرواية ، لانه

لابعد في أن الزوج لما رآهن فوض اختيار واحدة منهن الى الاب ، وأنه راض بتعيينه .

اذا نوى الاب معينة منهن قبل قوله لانه وكيل فيقبل قوله فيما وكل فيه ، بخلاف ما اذا لم يرهن الزوج أو رآهن ولم ينو الاب معينة . بأن العقد باطل حينئذ لعدم التعيين لفظاً ونية أو لعدم التوكيل فيه .

قوله : ويقول اللهم على كتابك تزوجتها ـ الى آخر الدعاء

صورة الدعاء « اللهم على كتابك تزوجتها وفي أمانتك اخذتها وبكلماتك استحللت فرجها ، فان قضيت في رحمها ولداً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان[3] » .

---

٢) القواعد ، الباب الثاني في العقد . قال فيه : ولو كان له عدة بنات فزوجه واحدة منهن ولم يذكر اسمها حين العقد فان لم يقصد معينة بطل وان قصد صح فان اختلفا في المعقود عليها فان كان الزوج قد رآهن كلهن فالقول قول الأب لان الظاهر انه وكل التعين اليه وعليه ان يسلم اليه المنوية ولو مات قبل البيان اقرع وان لم يكن رآهن بطل العقد .

٣) الكافي ٥/٥٠١ ، التهذيب ٨/٤٠٧ .

ويكره الجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف، وعند الزوال، وعند الغروب حتى يذهب الشفق، وفى المحاق، وبعدالفجر حتى تطلع الشمس، وفى أول ليلة من كل شهر الا شهر رمضان، وفى ليلة النصف، وفى السفر اذا لم يكن معه ماء للغسل، وعند الزلزلة والريح الصفـراء والسوداء، ومستقبل القبلة ومستـدبرها، وفى السفينة، وعارياً، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أوالوضوء.

قوله : وفى المحاق

يقال بضم الميم وكسرها، وهوالثلاث الأخيرمن الشهر، والعرب تسمى كل ثلاث ليال باسم، فلها حينئذ عشرة أسماء: غرر[1] ثم نقل ثم تسع[2] ثم عشر

---

١) الغرر والغر يقال لثلاث ليال من الشهر . وذلك لبياضها وطلوع القمر فى اولها وقد يقال ذلك للايام أيضاً . وبعده النفل وهى الليلة الرابعة والخامسة والسادسة من الشهر لكونها زيادة للاصل الذى هوالغررالتىكان بياضها قليلاكغرة الفرس فزاد فىهذه الليالى.

٢) التسع كضرر : الليلة السابعة والثامنة والتاسعة من الشهر وهى بعد النفل يقال لها لان اخر ليلة منها هى التاسعة . والعشر وهى بعد التسع وهى الليالى العاشرة والحادية عشر والثانية عشر. والبيض الثلاث عشرة واربع عشرة والخمس عشرة . والليالى الـدرع والدرع كمرد وقفل : الثالثة عشرة والرابعة عشرة والخامسة عشر فالبيض والدرع معناهما واحد.

وقال ابوعبيدة : الليالى الدرع هى اسود الصدور البيض الاعجاز من آخر الشهر والبيض الصدور السود الاعجاز من اول الشهر فاذا جاوزت النصف من الشهر فقد ادرع وادراعه سواد اوله وكذلك غنم درع للبيض المآخير السود المقاديم.

ثم بيض ثم درع ثم ظلم[1] ثم حنادس ثم دآدى[2] ثم محاق. فالغرر لان غرة كل شهر أوله ، والنفل من النفل وهو الزيادة لزيادة الهلال فيها، والتسع باسم آخرها والعشر أولها والبيض لبياض جملتها، والدرع من قولهم شاة درعاء التي رأسها اسود وباقيها أبيض وقياسه على هذا درع بسكون الراء لكنه حرك على غير قياس والظلم لظلامها، والحنادس لشدة سوادها، والدآدى واحدها دأداء يقصر ويمد من الدئداء وهو أشد عدو البعير وقد دأدأ دأدأة وديداء، قال ابو عمرو الديداء والداداء من الشهر آخره، والمحاق من محقه يمحقه محقاً أي ابطله ومحاه وذلك لبطلان الشهر معها .

(فائدتان) :

(الاولى) هل الكراهية مختصة بالجماع أو به وبالعقد ؟ ظاهر كلامهم أنه هو الاول ، ويحتمل الثاني لرواية الكليني عن الكاظم عليه السلام : من تزوج في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد[3].

(الثانية) ليلة السابع والعشرين ليست من المحاق وان جاء الشهر ناقصاً لانها من الدآدىء .

---

١) قال الجوهري: يقال لثلاث ليال من ليالى الشهر اللائي يلين الدرع ظلم لاظلامها على غير قياس لان قياسه ظلم بالتسكين لان واحدتهما ظلماء .

والحندس : الظلمة والليل الشديد الظلمة . والحنادس: ثلاث ليال من الشهر لظلمتهن ويقال دحامس .

٢) الدأداء والدؤدؤ والدؤداء والدئداء : آخر ايام الشهر وقيل : ليلة خمس وست وسبع وعشرين وفي الصحاح : الدآدىء : ثلاث ليال من آخر الشهر قبل ليالى المحاق .

والمحاق بضم الميم وكسرها: سمي محاقاً لانه طلع من الشمس فمحقته فلم يره احد. وقال ابو عبيد وابن الاعرابى : الثلاث التى هى آخر الشهر .

٣) الكافى ٤٩٩/٥ ، التهذيب ٤١١/٧ ، الفقيه ٢٥٤/٣ .

والجماع ، وعنده من ينظر اليه ، والنظر الى فرج المرأة ، والكلام عند الجماع بغير ذكر الله تعالى .

مسائل :

(الاولى) يجوز النظر الى وجه امرأة يريد نكاحها وكفيها .

وفي رواية الى شعرها ومحاسنها .

قوله : والجماع وعنده من ينظر اليه

سواء كان الناظر أجنبياً أوغيره والزوجة حرة أولا. وقال المفيد[1] في الزوجة الحرة لايجوز ، فان أراد التحريم فالمسألة خلافية والافلا . والظاهر أن مراده شدة الكراهية .

قوله : والنظر الى فرج المرأة

يريد به حال الجماع لا مطلقاً ، وكراهيته مشهورة، وروى سماعة لابأس الاانه يورث عمى الولد[2]. وعده ابن حمزة من المحرمات لاستقباح النظر الى العورة ، فالاولى الكراهية .

قوله : وفي رواية الى شعرها ومحاسنها

هذه رواها عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[3]، والى حدها من وراء الثياب. اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) ان هذا الجواز مشروط بارادة النكاح ، سواء كان دائماً أومنقطعاً لكن لابد من كونه ممكناً شرعاً وعرفاً، فلوحصل مانع شرعي أوعرفي لم يجز.

---

١) المقنعة : ٨٠ قال فيه : ولا يجوز للرجل ان يجامع زوجته وله زوجة اخرى حرة تراه . ولا بأس بذلك في الاماء وملك اليمين .

٢) التهذيب ٤١٤/٧ .

٣) التهذيب ٤٣٥/٧ ، الفقيه ٢٦٠/٣ .

وكذا الى أمة يريد شراءها . والى أهـل الذمة لانهن بمنزلة الاماء ما لم يكن لتلذذ .

(الثانية) ان مـع الإمكان المذكور لايشترط اذنها ولاعلمها بارادة نكاحها ويجوز تكراره قائمة وماشية .

(الثالثة) ورد جواز النظر الى وجه الاجنبية وان لم يرد نكاحها وان كان عمداً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لكم أول نظرة فلاتتبعوها بالثانية[1]. وحينئذ يقع الفرق بوجهين: الاول عدم كراهيته لمن يريد النكاح وكراهية هذا ، الثاني جواز تكرار الاول وعدم جواز تكرار الثاني .

قوله : والى اهل الذمة لانهن بمنزلة الاماء مالم يكن لتلذذ

قاله الشيخان[2] في النهاية والمقنعة والقاضي، وقال ابن ادريس[3] الذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية ،لقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم »[4] واختاره العلامة في المختلف[5] ، وهو حسن .

---

١) الفقيه ٣/٣٠٤ فيه : اول نظرة لك والثانية عليك ولالك والثالثة فيها الهلاك . سنن الترمذي ٥/١٠١ ، سنن ابى داود ٢/٢٤٦ وفيهما : ياعلى لاتتبع النظرة النظرة فان لك الاولى وليست لك الاخرة .

٢) النهاية : ٤٨٤ قال فيه : والنظر الى نساء اهل الكتاب وشعورهن لابأس به لانهن بمنزلة الاماء اذا لم يكن النظر لريبة اوتلذذ فأما اذا كان كذلك فلا يجوز النظر اليهن على حال .والمقنعة : ٨١ .

٣) السرائر : ٣٠٨ .

٤) سورة النور : ٣٠ .

٥) المختلف ٢/٨٦ .

وينظر الى جسد زوجته باطناً وظاهراً ، والى محارمه ماخلا العورة .

قوله : والى محارمه ماخلا العورة

المحرم هو كل امرأة ملك وطأها أوحرم بنسب أورضاع أومصاهرة بعقد أوملك يمين ، أما التي ملك وطأها فيجوز النظر اليها كالزوجة باطناً وظاهراً ، وأما من حرم وطأها فيباح النظرمنهن الى الوجه والكفين والقدمين اجماعاً ، ويحرم النظر الى القبل والدبر لغير ضرورة من مباشرة علاج واشهاد ايلاج اجماعاً .

وأما غيرذلك من البدن فعلى ثلاثة أقسام : الاول الثدي حال الارضاع ، وهويلحق بالوجه لشدة الحاجة الى ظهوره في أغلب الاوقات . الثاني الثدي لافي حال الارضاع. الثالث: سائرالبدن غيرما ذكرنا وفي هذين القسمين خلاف قيل بالاباحة لقوله تعالى« ولايبدين زينتهن الالبعولتهن أوآبائهن أوآباء بعولتهن اوأبنائهن »[1] الاية، وقيل بالتحريم لعموم«قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم»[2].

قال السعيد :[3] والاحوط أنه يحرم ما عدا الوجه والكفين والقدمين وما يظهر عادة بحسب اكثر الاوقات ، لان جسد المرأة كله عورة ويحرم النظر الى العورة .

---

١) سورة النور : ٣١ .

٢) سورة النور : ٣٠ .

٣) الايضاح ٩/٣ قال فيه : يباح النظر الى الوجه والكفين والقدمين من المحارم المذكورين باجماع الامامية - الى ان قال - واما غير ذلك من البدن فأقسام ثلاثة : (الف) الثدى حال الارضاع وهو ملحق بالوجه لشدة الحاجة اليه ومشقة الاحتراز عنه اختاره والدى وبه افتى انا (ب) الثدى لافيحال الارضاع (ج) سائرالبدن غير ماذكرناه وفيهذين القسمين خلاف ، قيل : بالاباحة لقوله تعالى « ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او

(الثانية) الوطء فى الدبر، فيه روايتان، أشهرهما الجواز على الكراهية.

قوله: الوطء فى الدبر فيه روايتان اشهرهما الجواز على كراهية

أما رواية التحريم فعن سدير قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: محاش النساء على أمتي حرام[1]. عمل بها القميون وابن حمزة.

وأما رواية الجواز فعن عبدالله بن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يأتي المرأة في دبرها. قال: لابأس اذا رضيت[2]. وبالاصل.

وأفتى بمضمونها اكثر علمائنا كالشيخين[3] والمرتضى واتباعهما، ويؤيده الكتاب العزيز في قوله «نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم»[4] ولفظ «انى» للمكان كأين، تقول اجلس أنى شئت أي أي موضع شئت. وقد انهينا القول فيها في «كنز العرفان»[5].

وتحمل الرواية الاولى على التقية، فان التحريم مذهب المخالفين الامالكاً فانه قال: ما أدركت احداً اقتدي به في دينى يشك أن وطىء المرأة في دبرها حلال، ثم قرأ الاية المذكورة. أوتحمل على الكراهية كما قال المصنف.

وتدل عليه رواية صفوان بن يحيى عن الرضا عليه السلام أنه قال: فنحن

آبائهن اوآباء بعولتهن» النور: ٣١، وقيل: بالتحريم لعموم قوله تعالى «قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم» النور: ٣٠، واختار والدى فى التذكرة الاول وهو الاباحة، وهو الاقوى عندى.

١) الفقيه ٢٩٩/٣، التهذيب ٤١٦/٧.

٢) التهذيب ٤١٤/٧، الاستبصار ٢٤٢/٣.

٣) المبسوط ٢٤٣/٤.

٤) سورة البقرة: ٢٢٣.

٥) كنز العرفان ٢٢٩/٢.

(الثالثة) العزل عن الحرة بغير اذنها ، قيل يحرم وتجب به دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه وهو أشبه ، ورخص في الاماء.

لانفعل ذلك[١] . وفي رواية اخرى عنه عليه السلام : أنهى عنه أهلي وخواص اصحابي . وكثيراً ما يعبرعلى الكراهية الشديدة بالتحريم .

قوله : العزل عن الحرة بغيراذنها قيل يحرم وتجب بـه دية النطفة عشرة دنانير ، وقيل مكروه وهواشبه

العزل هوأنه لما يقرب الى الانزال يخرج ذكره ولا يدعه ينزل المني منه في فرج المرأة .

اذا عرفت هذا فالتحريم قول الشيخ في المبسوط[٢] محتجاً بالروايات ، وبه قال ابن حمزة . والكراهية قول المرتضى وسلاروابن ادريس[٣]، لانه حقه يضعه حيث يشاء ، ولرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : ذلك الى الرجل يصرفه حيث شاء[٤]. والاقوى الاول، لاشتراك الفائدة بين الزوجين فلا يجوز الامع اذنها ، أو الاشتراط عليها في العقد ، وهو مذهب العلامة[٥] والشهيد .

---

١) التهذيب ٧/٤١٥ ، الكافي ٥/٥٤٠ ، الاستبصار ٣/٢٤٣ .

٢) المبسوط ٤/٢٦٧ قال فيه : وان كانت ـ الزوجة ـ حرة فان اذنت له فلا بأس وان لم تأذن فهل له العزل على وجهين احدهما ليس له ذلك وهو الاظهر فيرواياتنا لانهم اوجبوا في ذلك كفارة والثاني انه مستحب وليس بمحظور.

٣) السرائر: ٣٠٨ قال فيه : ويكره للرجل ان يعزل عن امرأته الحرة فان عزل لم يكن بذلك مأثوماً غير انه يكون تاركاً فضلا على الصحيح من اقول اصحابنا والاظهر في رواياتهم . الى آخر ماقال .

٤) الكافي ٥/٥٠٤ .

٥) المختلف ٢/٨٦ . وراجع شرح اللمعة ٢/٥٢ قال فيالمتن : ولا يجوز العزل

(الرابعة) لايدخل بالمرأة حتى يمضي لها تسع سنين. ولو دخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح.

وهنا فوائد :

(الاولى) على القول بالتحريم لاكلام في وجوب دية النطفة عشرة دنانير يعطيها المرأة، وكذا على القول بالكراهية.

(الثانية) الخلاف المذكور في النكاح الدائم لافي المنقطع وملك اليمين فلو فعله فيهما فلاتحريم. نعم هومكروه قطعاً، لمنافاته قصد التناسل المطلوب شرعاً.

(الثالثة) لودفعته عن نفسها فأنزل خارجاً فلا تحريم عليه وكان التحريم أو الكراهية منسوبين اليها.

(الرابعة) لو أزعجهما او أزعج[1] احدهما مزعج وجبت الدية للزوج والمرأة يقتسمانها.

(الخامسة) لو كان الازعاج عن أمة فهوحرام ووجب به نصف الدية للسيد أوالزوج لو كان الواطىء زوجاً.

قوله : لايدخل بالمرأة حتى يمضي لهـا تسع سنين ، ولودخل قبل ذلك لم تحرم على الاصح

هنا فوائد :

(الاولى) تحريم الدخول قبل التسع شامل للزوجة دائماً ومنقطعاً حرة أوأمة بالملك أوالعقد أوالتحليل، وهواجماع.

(الثانية) لودخل كذلك هل تحرم أبداً أم لا ؟ قال الشيخ[2] نعم مطلقاً، وقال

عن الحرة بغير شرط

١) ازعجته عن موضعه ازعاجاً : ازلته عنه.

٢) النهاية : ٤٨١.

ابن ادريس[1] وجماعة لاتحرم الامع الافضاء، تمسكاً بعصمة العقدالصحيح خرج ما لوأفضاها للاجماع فيبقى الحل فيما عداه .

(الثالثة) مع عدم الافضاء يحرم تكرارالوطى لا غيره من التقبيل والعناق والتفخيذ .

(الرابعة) الافضاء هو تصيير مسلك البول ومسلك الحيض ـ وهو مدخل الذكر ـ واحداً. وقيل مسلك البول والغائط، وهوبعيد لبعد ما بين المسلكين.

(الخامسة) مع الافضاء المذكور هل تبين من الزوج بمجرد ذلك؟ قال ابن حمزة نعم ولايفتقر الى طلاق، وقال ابن ادريس[2] تحرم عليه مؤبداً وكان مخيراً بين امساكها وتطليقها . أما المفيد[3] وابن الجنيد فقالا مع الافضاء تجب الدية والقيام بها الى حين موت أحدهما ولم يذكرا تحريماً، وأما العلامة فتوقف في ذلك في المختلف[4].

وقال في القواعد[4]: هل ينفسخ نكاحها أوبتوقف تزويجها بغيره على طلاقه الاقرب الثاني وعليه الفتوى، لاصالة بقاءالعقد الذي ثبت أولا والتحريم لعارض لايستلزم بطلانه .

فلوطلقها وتزوجت هل تسقط نفقتها عن الاول ، استشكله أيضاً في القواعد من زوال الزوجية التي هي علة وجوب الانفاق فيزول المعلول ، ولان العلة لوجوب الانفاق تعطلها من الازواج وعدم الرغبة فيها وقد زالت ، من اطلاق النص بوجوب الانفاق حتى يموت أحدهما .

---

١) السرائر: ٢٨٨ .

٢) السرائر : ٢٨٨ .

٣) المقنعة : ١١٨ قال فيه: والرجل اذا جامع الصبية ولها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه دية نفسها والقيام بها حتى يفرق الموت بينهما .

٤) المختلف ٢/٧٧ ، القواعد ، الفصل الثالث في باقي الأسباب .

(الخامسة) لايجوز للرجـل ترك وطء المرأة أكثر من أربعة أشهر .

(السادسة) يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلا .

(السابعة) اذا دخل بالصبية لم تبلغ تسعاً فأفضاهــا حرم عليه وطؤها مؤبداً ولم تخرج عن حبالتــه ،ولم يفضها لم يحرم على الأصح .

الفصل الثانى
(فى أولياء العقد)

لا ولاية فى النـكاح لغير الاب ، والجد للاب وان علا ، والوصى ، والمولى ، والحاكم .

وولاية الاب والجد ثابتة على الصغيرة ولو ذهبت بكارتهـا بزنى أوغيره .

ولايشترط فىولاية الجدبقاء الاب ،وقيل يشترط وفى المستند ضعف .

ونمنع كون العلة هي الزوجية أوالتعطيل وعدم الرغبة ، لجواز كون ذلك من جملة دية الجناية المخصوصة .

(السادسة) لواندمل الموضع وصلح للوطء يحتمل عودالحل لزوال السبب فيزول مسببه، والاولى عدم العود لحكم الشرع بالتحريم والاصل بقاؤه خصوصاً على قول ابن حمزة .

قوله : ولايشترط فى ولاية الجد بقاء الاب، وقيل يشترط،وفى المستند ضعف

الاول قول المفيد[1] والمرتضى وسلار وابـن ادريس[2] والعلامة . وعليه الفتوى، لانه كلما لم تكن ولاية الاب مشروطة بوجود الجدلم تكن ولاية الجد مشروطه بوجود الاب ، والملزوم حق بالاجماع فكذا اللازم .

بيان الملازمة: ان ولاية الجدأقوى من ولاية الاب، ولهذا قال «اذا زوجاها في وقت واحد قدم عقد الجد» كما يأتي . والاقوى لايكون مشروطاً بالاضعف ولرواية عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال: الذي بيده عقدة النكاح هوولي أمرها[3] . ولاخلاف في أن الجد ولي أمرها فـي المال ، ولان ولايته غيرمشروطة بوجود الاب في المال فكذا في النكاح .

والثاني قول الشيخ في النهاية[4] والصدوق والقاضي والتقي، لرواية الفضل ابن عبدالملك عن الصادق عليه السلام : انه اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً

---

١) لم اعثر في المقنعة على نص المسألة ولعلها استفيدت من اطلاق كلامه كما قال العلامة في المختلف ٨٧/٢ : الجد للاب كالاب في ولاية النكاح سواء كان الاب حياً او ميتاً ــ الى ان قال ــ : وهوالظاهر من كلام المفيد والسيد المرتضى وسلار حيث اطلقوا الولاية للجد من غير اشتراط وجود الاب . انتهى . وقال في المقنعة ٧٩ : ليس لاحد ان يعقد على صغيرة سوى ابيها اوجدها لابيها . انتهى . لعل مراد العلامة من الاطلاق اطلاق كلامه هذا .

٢) السرائر : ٢٩٥ قال فيه : لاولاية على النساء الصغار اللاتي لم يبلغن سبع سنين الا للاب والجد من قبله الا ان لولاية الجد رجحاناً واولوية هنا بغير خلاف بين اصحابنا الامن شيخنا ابى جعفر في نهايته ــ الى ان قال ــ : والصحيح ان ولايتـه ــ الجد ــ بعد الاب باقية ثابتة في مالها وغيره ــ الى آخر مقاله رفع الله في درجاته .

وقال العلامة في القواعد في الفصـل الثاني في الاولياء : وانما تثبت ــ الولاية ــ للاب والجد للاب وان علا وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لا .

٣) التهذيب ٣٩٢/٧ .

٤) النهاية : ٤٦٦ ، الفقيه ٢٥١/٣ ، وانظر التهذيب ٣٩٠/٧ .

ولا خيار للصبية مع البلوغ، وفي الصبي قولان، أظهرهما: أنه كذلك.

وكان الجد مرضياً جاز[1].

وأجيب بضعف السند، فان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة وجعفر ابن سماعة وهما واقفيان، ولان دلالتها بطريق الخطاب وهو ليس بحجة. وابن ابى عقيل جعل الولاية للاب دون غيره ولم يذكر الجد.

قوله: وفي الصبي قولان أظهرهما انه كذلك

أي انه لاخيار له بعد بلوغه، قال الشيخ[2] في التهذيب والاستبصار: لانه لو كان له خيار لم يبق للولي مزية على غير الولي، فانه اذا زوجه كان له الخيار.

وقال الشيخ في النهاية[3] والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[4] له الخيار، لرواية يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام: الغلام اذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار اذا أدرك[5] ومثله رواية محمد بن مسلم عنه عليه السلام[6]. لكنها تتضمن ثبوت الخيار للصبية أيضاً.

وأولهما الشيخ[7] بجواز أن يريد بالخيار ايقاع الطلاق، فانه بيده بعد بلوغه

١) الكافي ٥/٣٩٦، التهذيب ٧/٣٩١.
٢) راجع التهذيب ٧/٣٨٢ و٣٨٤، الاستبصار ٣/٢٣٦.
٣) النهاية: ٤٦٦، ٤٦٧ قال فيه: ومتى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ كان له الخيار اذا بلغ.
٤) السرائر: ٢٩٧.
٥) الفقيه ٣/٢٣٧، التهذيب ٧/٣٨٣.
٦) التهذيب ٧/٣٨٢، الاستبصار ٣/٢٣٦.
٧) راجع التهذيب ٧/٣٨٢.

ولوزوجاها فالعقد للسابق ، فان اقترنا ثبت عقد الجد .

ويثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله ذكراً كان أو أنثى ولاخيار له لوأفاق .

والثيب تزوج نفسها ، ولا ولاية عليها لاب ولالغيره .

ولوزوجها من غير اذنها وقف على اجازتها .

أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها .

ولو كان أبوها حياً قيل:لها الانفرادبالعقد دائماً كان أومنقطعاً .

وقيل : العقد مشترك بينها وبين الاب فلا ينفرد أحدهما به .

وقيل أمرها الى الاب وليس لها معه أمر .

ومن الاصحاب من أذن لها في المتعة دون الدائم ،ومنهم من عكس ،والاول أولى .

ومطالبة المرأة بالطلاق أومايجري مجراه مما ينفسخ به العقد . وهذا التأويل ضعيف .

قوله : اما البكرالبالغة الرشيدة فامرها بيدها، ولوكان ابوها حياً قيل لهاالانفراد بالعقد دائماً كان اومنقطعاً، وقيل العقد مشترك بينها وبين الاب فلاينفرداحدهما به، وقيل امرها الىالاب وليس لها معه امر،ومن الاصحاب من اذن لها في المتعة دون الدائم ، ومنهم من عكس ، والاول اولى

يفهم من كلام المصنف هنا أن الخلاف المذكورفي حياة الاب، وأما مع موته فلاولاية لاحد عليها جداً كان أوغيره. ويفهم أيضاً أن الجد ليس له معها ولاية ، لان الاب حقيقة في الولد القريب ، مع أن كلامه في الشرائع[1] أنه

---

١) الشرائع ١٦٥/٢ .

لافرق بينهما .

اذا عرفت هذا فالقول الاول للمفيد في أحكام النساء والمرتضى وسلار وابن ادريس[١] والشيخ في الخلاف . وهو الحق ، لوجوه :

(الاول) قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »[٢] اسند النكاح اليها مطلقاً.

(الثاني) روى الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة وبريد بن معاوية عن الباقر عليه السلام قال : المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز[٣].

(الثالث) روى منصور بن حازم صحيحاً عن الصادق عليه السلام : تستأمر البكر وغيرها ولاتنكح الا بأمرها[٤] وغير ذلك من الروايات .

(الرابع) ان ولاية المال زالت منها فكذا ولاية النكاح ، لانهما معاً منوطان بالبلوغ والرشد ، وزوال أحد المعلولين يستلزم زوال الاخر .

والثاني للمفيد في المقنعة[٥] والتقي ، لرواية صفوان موثقاً عن الكاظم عليه السلام فقال : افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيباً[٦].

وأجيب : بالحمل على الاولوية ، لئلا يقع العقد موقوفاً على رضاها ويكون ثابتاً .

---

١) السرائر: ٢٩٥ ، الخلاف ٢ /٣٥٨ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

٣) الكافي ٥ /٣٩١ ، التهذيب ٧ /٣٧٧ ، الاستبصار ٤ /٢٣٢ .

٤) التهذيب ٧ /٣٨٠ .

٥) المقنعة : ٧٩ قال فيه : وان عقدت على نفسها بعد البلوغ بغير اذن ابيها خالفت السنة وبطل العقد الا ان يجيزه الاب.

٦) التهذيب ٧ /٣٧٩ .

ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه اجماعاً.

ولو زوج الصغيرة غير الاب والجد وقف على رضاها عند البلوغ، وكذا الصغير.

وللمولى أن يزوج المملوكة، صغيرة وكبيرة بكراً وثيباً، عاقلة ومجنونة ولا خيرة لها، وكذا العبد.

ولا يزوج الوصي الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة، وكذا الحاكم.

والثالث للشيخ في النهاية[1] والحسن والقاضي وابن بابويه، محتجاً بروايات تتضمن انها ليس لها مع الاب أمر، ولان البكر لا معرفة لها بأحوال الرجال فالحكمة تقتضي أن يناط نكاحها بنظر ابيها لئلا يدخلها الضرر.

وأجيب بحمل الروايات على الصغيرة وعلى الاستحباب، وعن الثاني ان الحكمة غير منضبطة فلا يعلق بها الحكم، ولجواز ذكائها واستخبارها عن احوال الرجال وسفاهة ابيها.

والرابع للشيخ[2]. والخامس لا أعلم قائله مع أن هذين القولين لا دليل عليهما.

قوله: ولو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه اجماعاً

العضل[3] بالضاد، وهو أن لا يزوجها من كفو مع رغبتها فيه وارادتها. وهو لغة الحبس والتضييق، ومنه عضلت الدجاجة اذا نشب بيضها فلم يخرج.

قوله: ولا يزوج الوصي الا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحة

---

١) النهاية: ٤٦٥.

٢) في الهامش: في كتابي الاخبار جمعاً بين الادلة.

٣) في المصباح: عضل الرجل حرمته عضلا من باب قتل وضرب: منعها التزويج.

ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) الوكيل فى النكاح ، لايزوجها من نفسه .

ولو أذنت فى ذلك فالاشبه الجواز . وقيل : لا ، وهى رواية عمار .

(الثانية) النكاح يقف على الاجازة فى الحر والعبد .

ويكفى فى الاجازة سكوت البكر ، ويعتبر فى الثيب النطق .

هذا مما لاخلاف فيه ، واختلف فيما لوزوجه قبل بلوغه ، فقال الشيخ في المبسوط[1] بالجواز مطلقاً ، وبعضهم منع مطلقاً، ومنهم من فصل بأنه يجوزمع الاذن من الموصي لابدونه. وهوغيربعيد، لان الحاجة قدتدعوالى ذلك فاقتضت الحكمة مشروعية ذلك تحصيلا للمصلحة .

قوله : الوكيل فى النكاح لايزوجها من نفسه ، ولواذنت فى ذلك فالاشبه الجواز ، وقيل لا وهى رواية عمار

هذا قول الشيخ في المبسوط[2] وابن الجنيد ، واختاره العلامة والمصنف ولامتناع من كونه موجباً قابلا لحصول المغايرة بالاعتبار . والقول بالمنع لا أعلم الان لمن هو ، والرواية به ضعيفة ، لما عرفت من أن عماراً فطحي، وفي طريقها عمربن سعيد ومصدق بن صدقة وهما أيضاً فطحيان .

قوله : النكاح يقف على الاجازة فى الحروالعبد، ويكفى فى الاجازة سكوت البكرويعتبرفى الثيب النطق

هذا هوالمشهور بين الاصحاب خلافاً للشيخ فـي المبسوط والخلاف ، فانه جعله بغيراذن من له الاذن باطلا،والدليل على الاول وجوه :

---

١) المبسوط ٤/ ٦٠ .

٢) المبسوط ٤/ ١٨٠.

(الاول) رواية ابن عباس : ان جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وآله وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وآله وسلم[1] .

(الثانى) في خبر آخر: ان رجلا زوج ابنته وهي كارهة فجاءت الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: زوجني ابى ونعم الأب من ابن اخيه يريد أن يرفع خسيسته ، فجعل النبى أمرها اليها فقالت : أجزت ماصنع ابى وانما أردت ان أعلم النساء ان ليس الى الاباء من أمر النساء شيء[2]. والمراد في هذين زواج من هي بالغة ، اذ لو كانت صغيرة لم يتوقف على رضاها .

(الثالث) رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل زوجته أمه وهو غائب. قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه[3].

(الرابع) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن علي صلوات الله وسلامه عليه انه أتاه رجل بعبده فقال: ان عبدي تزوج بغير اذني. فقال علي عليه السلام لسيده: فرق بينهما . فقال السيد لعبده ياعدو الله طلق. فقال علي: كيف قلت . قال قلت: له طلق. فقال علي عليه السلام للعبد: الان فان شئت طلق وان شئت فأمسك . فقال السيد :ياأمير المؤمنين أمر كان بيدي ثم جعلته بيد غيري. قال: ذلك لانك حيث قلت له طلق أقررت له بالنكاح[4]. ومثله رواه زرارة[5].

(الخامس) روى زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن مملوك

---

١) سنن ابن ماجة ٦٠٣/١ .
٢) سنن ابن ماجة ٦٠٢/١ باختلاف يسير فى اللفظ .
٣) الكافى ٤٠١/٥ .
٤) التهذيب ٣٥٢/٧ ، الوسائل ٥٢٦/١٤ .
٥) التهذيب ٧/ ٣٥١ ، الكافى ٤٧٨/٥ ، الفقيه ٣٥٠/٣ .

تزوج بغيراذن سيده ، فقال : ذلك الى سيده ان شاء أجازه وان شاء فرق بينهما فقلت: أصلحكالله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهمايقولون ان أصل النكاح فاسد فلاتحل اجازة السيد له . فقال ابوجعفرعليه السلام : انـه لم يعص الله انما عصى سيده ، واذا أجازه فهوله جائز[1].

واحتج الشيخ بأن العقد الشرعي تفتقر صحته الـى دليل ولادليل هنـا فوجب الحكم بالبطلان . ويؤيده ماتقدم من رواية عائشة : أيماامرأة نكحت بغيراذن وليها فنكاحها باطل[2]. وغيرذلك مما تقدم .

والجواب : قد بينا الدليل عن الصحة وأجبنا عن رواية عائشة .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان كان المعقود عنه من لاولاية عليه كفت اجازته ، وان كان من عليه ولاية كفى اجازة وليه ان وجد أواجازته بعدزوال الولاية عنه ان لم نعتبر كون العقد له مجيزاً في الحال ، وان اعتبرنا ذلك فالحق البطلان .

(الثانية) يكفي فى اجازة البكرسكوتها ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم البكرتستأمر فاذنها صماتها والثيب يعرب عنها لسانها[3]. أي يتبين ، يقال أعرب الرجل عن صاحبه أي أبان .

(الثالثة) في الحديث الرابع اشارة الى أن نكاح العبد بغيراذن سيده لايقع باطلا بل يكون موقوفاً، لقوله عليه السلام «فرق بينهما»، فليس المراد ايجاب التفريق بل ظاهره ان له التفريق، ولقوله « أمر كان بيدي » وهواشارة الى مشية

---

١) التهذيب ٣٥١/٧ ،الكافى ٤٧٨/٥ ، الفقيه ٣٥٠/٣.

٢) مرت عن سنن الترمذى ٤٠٨/٣، سنن ابن ماجة ٦٠٥/١، كنز العمال ٣٠٩/١٦ .

٣) راجع الوسائل ٢٠٤/١٤ الباب ٤ ، ٢١٣ الباب ٩ وغيرهما . وسنن ابن ماجة ٦٠١/١ وسنن الترمذى ٤١٥/٣ ، سنن ابى داود ٢٣٢/٢ /٢٣٣ .

(الثالثة) لاينكـح الامة الا باذن المولى ، رجلاكان المولى أوامرأة .

وفى رواية سيف : يجوز نكاح أمة المرأة من غيراذنها متعة، وهى منافية للاصل .

الفرقة والامساك ، ولرجوع الضمير في قوله « ثم جعلته » الى الامر الذي هو المشية المذكورة ، وهو المعني بالموقوف .

(الرابعة) فيه أيضاً اشارة الى أن الاعتراف بالتابع أو اللازم المساوي اعتراف بالمتبوع والملزوم ، كما اذا طلب منكر البيع الاقالة أوطلب قبض الثمن، لقوله عليه السلام : الان فان شئت فطلق .

(الخامسة) فيه أيضاً اشارة الى أن الاجازة ليست على الفور بل له أن يجيز مالم يفسخ ، لان قوله « طلق » كان بعدمكث .

وفيه نظر ، لانا نمنع منافاة ذلك للفورية ، فان ذلك تمهيد لطريقها .

(السادسة) فيه أيضاً اشارة الى أن الجهل بالحكم لا يمنع من اجزائه على المقر به .

(السابعة) في الحديث الخامس اشارة الى أن النكاح ليس عبادة محضة بل اما معاملة اوجانب المعاملة فيه أغلب، لقوله عليه السلام « انه لم يعص الله وانما عصى سيده »[1] ، وان النهي في المعاملة يستلزم الفساد .

قوله : وفى رواية سيف[2] يجوز نكاح امة المرأة من غيراذنها متعة

---

١) عن التهذيب ٣٥١/٧ ، الكافى ٤٧٨/٥، الفقيه ٣٥٠/٣.

٢) هوسيف بن عميرة النخعى الكوفى من اصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام وثقه النجاشي والعلامة فى الخلاصة والشيخ فى الفهرست . وكان واقفياً له كتاب . قال الشهيد فى شرح الارشاد فى نكاح الأمة باذن المولى: وربما ضعف بعضهم سيفاً والصحيح

وهي منافية للاصل ، وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن »[١] صريح في أنه لافرق بين أمة المرأة وامة الرجل في وجوب استيذانهما . والنظر يقتضي ذلك أيضاً ، فان التصرف في مال الغير بغير اذنه قبيح عقلا وشرعاً ذكراً كان أو أنثى وهو فتوى الشيخ في المسائل الحائريات وابن ادريس[٢].

وأما في النهاية[٣] والتهذيب[٤] فأجاز نكاح امة المرأة متعة ، لرواية سيف بن عميرة عن علي بن مغيرة قال: سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمة المرأة بغير اذنها . فقال : لابأس به[٤].

ولاشك أن سيفاً هذا لم أقف فيه على طعن في عدالته، والرواية من الصحيح لكن العمل بها مشكل من وجوه :

(الأول) منافاته للدليل العقلي .

(الثاني) لمنافاتها للكتاب العزيز .

(الثالث) اضطرابها في اسنادها ، فان سيفاً تارة رواها عن علي بن المغيرة عن الصادق عليه السلام، وتارة رواها عن داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام وأخرى عن الصادق عليه السلام بغير واسطة ، وفي كل واحدة بلفظ غير اللفظ الآخر . وهذا الاختلاف وان كان ممكن الحصول لجواز سماعه من الصادق عليه السلام تارة بغير واسطة وتارة بالواسطة لكن ذلك يضعف الظن بصحتها .

قال الشهيد : ويمكن أن يكون هذا الحكم مما استثني من الاصول ، اما

انه ثقة . انتهى .

١) سورة النساء : ٢٥ .

٢) السرائر : ٣٠٤ .

٣) النهاية : ٤٩٠ ، قال فيه : فان كانت الامة لامرأة جاز له التمتع بها من غير اذنها والأفضل الايتمتع بها الاباذنها .

٤) التهذيب ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ ، الكافي ٤٦٤/٥ ، الاستبصار ٢١٩/٣ .

(الرابعة) اذا زوج الابوان الصغيرين صح وتوارثا ، ولاخيار لاحدهما عند البلوغ .

ولو زوجهما غير الابوين وقف على اجازتهما .

فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد.

ولو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقى فاذا بلغ وأجاز أحلف أنه لم يجز للرغبة وأعطى نصيبه :

لعلة خفية أولمكان اضطرار الامة للمشقة اللاحقة لها بترك الوطى، لكون مالكتها امرأة فسوغ لها المتعة لذلك ، لكن ينبغي في ذلك لوقيل به أن يكون في أقل زمان تزول به الضرورة . ثم انه قال : والمشهور بل المعتمد عليه تحريم ذلك كأمة الرجل ، وهوالحق وعليه الفتوى .

قوله : ولوبلغ احدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقى فاذا بلغ واجاز احلف انه لم يجز للرغبة واعطى نصيبه

يتم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لولم يرض الباقي بعد بلوغه لم يرث شيئاً ، وكذا لوبلغ ورضي ولكن نكل عن اليمين .

(الثانية) لونكل عن اليمين بعد الرضا هل يلزمه المهر لوكان هوالزوج أم لا ؟ اشكال من اعترافه بصحة العقد فيلزمه توابعه ومن جملتها المهر ، ومن توقف لزوم النكاح على اليمين والالورث بدونه والمهر تابع للنكاح اللازم .

والاقوى الاول .

(الثالثة) على تقدير لزومه هل يرث منه أم لا ؟ اشكال من أنهما معلولا علة واحدة هي النكاح ولزومه ، وثبوت أحد المعلولين يستلزم ثبوت الاخر لاستحالة

(الخامسة) اذا زوجها الاخوان برجلين ، فان تبرعا اختارت أيهما شاءت .

وان كانا وكيلين وسبق أحدهما فالعقد له .

وجود المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول عن علته، فثبوت المهر وعدم ارثه منه مما لا يجتمعان، ومن توقف الارث على اليمين والنص ولم يحلف ،وأنه لوورث منه لورث من غيره لعدم فرق الامة بينهما . والاقوى سقوط نصيبه منه عنه، لانه ان صح النكاح وجب الارث فيسقط عنه قدر نصيبه وان بطل سقط الكل فسقوط قدر نصيبه لازم على التقديرين ، ولو كان المدعى عيناً تحققنا ملكه لقدر نصيبه .

(الرابعة) لو لم ينكل بعد رضاه لكن مات قبل اليمين الاقوى عدم ارثه، لان ارثه مع اليمين على خلاف الاصل، وكلما هو على خلاف الاصل فانه يقتصر فيه على مورد النص، ولم يرد نص على الارث بدون اليمين . ويحتمل الارث لاعترافهما ـ أعني الاول والثاني ـ بالصحة فيلزمها الارث .

(الخامسة) لو بلغا معاً ولم يرضيا فلا عقد ولا يلزم الفضولي شيء على الاصح وقال ابن حمزة يلزمه مع التعيين وليس بشيء .

(السادسة) لو كان المعقود عنهما فضولا بالغين هل تنسحب الاحكام المتقدمة بمعنى أنه لو بلغ أحدهما العقد فأجاز ثم مات ـ الى آخر البحث ؟ اشكال من حصول المعنى وهو عقد الفضولي ، ومن عدم النص لكون ذلك على خلاف الاصل فلا يتعدى ، وهو اختيار السعيد[1] .

---

١) قال في الايضاح ٢٩/٣ في شرح قول ابيه رحمهما الله تعالى « وفي انسحاب الحكم في البالغين اذا زوجهما الفضولي اشكال اقربه البطلان » أقول : ينشأ من ان الحكم في الصغيرين باعتبار مباشرة الفضولي للعقد وهوهنا ثابت ومن عدم النص عليه والاصح عدم الانسحاب وبطلان العقد بموت احدهما بعـد اجازته وقيل اجازة الاخر لانه على خلاف الاصل فلا يتعدى محل النص . انتهى قوله رحمه الله .

ولو دخلت بالاخر لحق به الولد وأعيدت الى الاول بعد قضاء العدة ولها المهر للشبهة وان اتفقا بطلا ، وقيل : يصح عقد الاكبر .

قوله : وان اتفقا بطلا ، وقيل العقد[1] عقد الاكبر

أما البطلان فلان الحكم بصحتهما معاً باطل والحكم بصحة أحدهما دون الاخر مع ثبوت وكالتهما ترجيح من غيرمرجح ، فتعين البطلان .

قال العلامة: لا يبعد عندي أن يجعل لها الخيارفي امضاء أي العقدين شاءت اذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته، لانها حالة عقد الاخرفبطلت هيئة عقد كل منهما وهواللزوم ويبقى كل منهما كأنه فضولي .

وفيه نظر، لان العقدين مع وقوعهما دفعة متنافيان مطلقاً ويلزم البطلان مطلقاً أعم من بطلان الهيئة وبطلان نفس العقد، والعام لادلالة له على الخاص، فيبقى العقد مشكوكاً في صحته. ولانعني بالبطلان الاذلك، لان الموقوف على الاجازة يكون معلوم الوقوع .

وأما القائل بأن العقد عقد الاكبر فهوالشيخ في النهاية[2] والقاضي، حملا على الجد واعتماداً على رواية ، والحمل المذكور قياس لانقول به . والرواية لادلالة فيها على مراده، لان فيهاأن الاول أحق بها فحمل الشيخ ذلك على الاكبر وظاهر أنه ليس كذلك، وهي رواية الوليد بياع الاسقاط[3] عن الصادق عليه السلام[4] .

---

١) كذا فى متن « الرياض » وفى المختصر النافع ط بمصر « يصح عقد الاكبر » .

٢) النهاية : ٤٦٦ .

٣) الاسقاط : الردى من المتاع . وهووليدبن مسكان . وفى الكافى والتهذيب بياع الاسقاط اقول: السقط بفتحتين : ردىء المتاع. والسفط : مايخبأ فيه الطيب والجمع اسفاط ولعله هوالانسب فى المقام . والله هوالعالم بالحقائق .

٤) الكافى ٥/٣٩٦ ، التهذيب ٧/٣٨٧ .

(السادسة) لاولاية للام .

فلوزوجت الولد فأجازصح ، ولو أنكر بطل .

وقيل : يلزمها المهر . ويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه .

قوله: لاولاية للام فلوزوجت الولد فاجازصح، ولوانكر بطل، وقيل يلزمها المهرويمكن حمله على دعوى الوكالة عنه

لاخلاف في عدم لزوم العقد وبطلانه مع الانكار، وانما الكلام في لزوم المهر للام . والحق عدم اللزوم ، لان الباطل لايستلزم شيئاً ، لما تقررفي الاصول أن معنى البطلان عدم ترتب الاثرعلى العقد .

هذا ، مع أصالة براءة ذمتها فشغلها يحتاج الى دليل ، ولانها كالاجنبي في انتفاء الولاية ان رضي بعقدها صح ولزمه المهروالافلا .

وقال الشيخ[1] يلزمها المهر ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سئل عمن زوجته أمه قال : انشاء قبل وان شاء ترك فان ترك فالمهر لازم لامه[2] وهي ضعيفة ، لمخالفتها الاصول مع ضعف بعض رجالها .

قال المصنف: ويمكن حملها على ادعاء الوكالة فيلزمها المهر، لانها غارة بتلك الدعوى فيجب عليها المهران أوجبناه على الوكيل .

وفيه نظر، أما أولا فلخلوها عن ذكرالوكالة، وأما ثانياً فلانا نمنع الغرور بل التفريط حاصل من جهة الزوجة . وقد تقدم في الوكالة تتمة البحث .

---

١) النهاية : ٤٦٨ .

٢) الكافي ٥/ ٤٠١ .

ويستحب للمرأة أن تستأذن أباها بكـراً أوثيباً ، وأن توكل أخاها اذا لم يكن لها أب ولا جد وأن تعول على الاكبر ،وأن تختار خيرته من الازواج.

الفصل الثالث

فى اسباب التحريم وهى ستة :

(الاول) النسب: ويحرم به سبع : الام وان علت، والبنت وان سفلت ، والاخت وبناتها وان سفلن ، والعمة وان ارتفعت ، وكذا الخالة ، وبنات الاخ وان هبطن .

(الثانى) الرضاع : ويحرم منه من النسب . وشروطه أربعة :

(الاول) أن يكون اللبن عن نكاح .

قوله : والعمة وان ارتفعت وكذا الخالة

يريدبالارتفاع عمته وعمةأبيه وعمة جده،وهكذا عمة أمه وعمةأبيها وعمة أجدادها وكذا خالته وخالة أبيه اوخالة أمه أوخالة آبائهما .

وليس مراده بالارتفاع عمة عمته وخالة خالته، لان عمةالعمة وخالة الخالة قد لاتحرمان ،كما اذا كان لزيد عمة هي أخت أبيه من أمه ولها عمة هي أخت أبيها ، فان هذه لا تحرم على زيد وان كانت عمة لعمته . وكذا لو كان له خالة هي أخت أمه لابيها ولها خالة هي أخت أمها ، هذه أيضاً لاتحرم على زيد وان كانت خالة لخالته ، لانه لانسب له معها .

قوله : الاول ان يكون فى اللبن عن نكاح .

فلو درأو كان عن زنى لم ينشر .

(الثانى) الكمية .وهى ما أنبت اللحم وشد العظم، أورضاع يوم وليلة .

ولا حكم لما دون العشر ، وفى العشر روايتان ، أشهرهما : أنها لاينشر .

ولورضع خمس عشرة رضعة تنشر .

فلودر١) اوكان عن زنا لم ينشر

هذا قول ابن ادريس[٢]، وهوالذي يقتضيه النظر ، لان كلام الشيخ يجب حمله على عرفه . ولاريب أن الزنا لم يعبر الشارع في شيء من الاحكام سوى وجوب الحد على فاعله فكذا ما هومن توابعه .

وخالف ابن الجنيد في ذلك ، والشيخ في المبسوط أيضاً حيث لم يعتبر النكاح الشرعي ، وحرما بلبن الزنا . واختاره العلامة في المختلف عملا بالعموم واطلاق النص . وليس بشيء ، لما قلناه من وجوب حمل كلام الشارع على عرفه .

قوله : الثانى الكمية ، وهى ما انبت اللحم وشد العظم اورضاع يوم وليلة ، ولا حكم لما دون العشر، وفى العشرروايتان اشهرهما انه لاينشر ولو رضع خمسة عشررضعة نشر

اختلف في أقل ما يحصل به الرضاع المحرم على أقوال :

(الاول) قول ابن الجنيد ، وهوما يصدق عليه اسم الرضعة ، وهوما ملأ بطن

---

١) اى فلودر اللبن عن الخالية عن الوطى الصحيح ولوكان شبهة على المشهور .

٢) السرائر: ٢٨٠ قال فيه : ومن شرط تحريم الرضاع ان يكون لبن ولادة من عقد اوشبهة عقد لالبن دراولبن نكاح حرام بدليل اجماعنا .

الصبى امابالمص أوبالوجور[1]، محتجاًبرواية علي بن مهزيار صحيحاً أنه كتب الى ابى الحسن عليه السلام عما يحرم من الرضاع ، فكتب : قليله وكثيره حرام[2].

وعن زيد بن علي بن الحسين عليهما السلام عن آبائه عن علي عليهم السلام أنه قال : الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له أبداً[3].

وأجيب بانقراض القائل به وبالحمل على التقية .

(الثاني) قول ابن بابويه[4] ما أنبت اللحم وشد العظم ، قال : وروي أنه لا يحرم الارضاع خسمة عشريوماً ولياليهن ليس بينهن رضاع. قال: وبه كان يفتي شيخنا محمد بن الحسن . قال: وروي أنه لا يحرم من الرضاع الاماكان حولين كاملين[5]. قال: وروي أنه لايحرم من الرضاع الاماارتضع من ثدي واحد سنة[6] وانما قال « ثدي واحد » جرياً على قاعدة العرب من تعبيرالمثنى اذا لم ينفك أحدهما عن صاحبه بعبارة الواحد ، كقول الشاعر: « لمن عينان تنهل » البيت.

---

١) الوجور بفتح الواو وكرسول : الدواء يصب فى الحلق . والمراد هنا ان يصب اللبن فى حلق الصبى اى شرب لبنها من غير ثديها .

٢) التهذيب ٣١٦/٧ ، الاستبصار ١٩٦/٣ .

٣) التهذيب ٣١٧/٧ ، الاستبصار ١٩٧/٣ .

٤) المقنع : ١١٠ فيه : ولايحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم، وسئل الصادق عليه السلام هل لذلك حد ؟ فقال: لايحرم من الرضاع الارضاع يوم وليلة اوخمسة عشر رضعة متواليات لايفصل بينهن .

٥ و٦) الفقيه ٣٠٧/٣ وليس فيه : قول ابن بابويه ـ الى وبه كان يفتى شيخنا محمد ابن الحسن .

وقال ابن فهد فى المهذب : قال الصدوق فى المقنع: روى انه لايحرم من الرضاع الاخمس عشرة يوماً ولياليهن. قال وبه كان يفتى شيخنا محمد بن الحسن رحمه الله . الى آخر ما قال رحمه الله . اقول : ليست هذه العبارة فيه أيضاً كالفقيه .

ورواية الحولين عن زرارة عـن الصادق عليه السلام[1]، وحملها الشيخ[2] على أن الرضاع في الحولين لا بعدهما ، ورواية الثدي الواحد سنة عن العلا ابن رزين عن الصادق عليه السلام[3]. قال الشيخ انه متروك ولاقائل به ، فلو كان صحيحاً لزم خروج الحق عن الامة .

(الثالث) قول المفيد[4] والمرتضى والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ابى عقيل عشر رضعات ، واختاره العلامة في المختلف[5] محتجاً بوجوه :

« ١ » اطلاق النص .

« ٢ » رواية الفضيل بن يسار صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال : لايحرم من الرضاع الاالمخبور. قال : قلت وما المخبور ؟ قال: أم تربى أوظئرتستأجر أوامة تشترى ثم ترضع عشررضعات يروي الصبى وينام[6].

« ٣ » ـ عشر رضعات تنبت اللحم والدم، و كلما أنبت اللحم والدم يحرم فعشررضعات محرمة . أما الصغرى فلرواية عبيد بن زرارة صحيحاً عن الصادق عليه السلام . الى أن قال : وما الذي ينبت اللحم والدم . قال : كان يقال عشر رضعات[7].

وعن عمربن يزيد قال: سألت الصادق عليه السلام عن الغلام يرتضع الرضعة والثنتين . فقال : لا يحرم ، فعددت عليه حتى كملت عشر رضعات ، فقال : اذا

---

١) التهذيب ٣١٧/٧ ، الفقيه ٣٠٧/٣ .

٢) راجع التهذيب ٣١٧/٧ .

٣) التهذيب ٣١٨/٧ . قال فيه : فهذاالخبر نادر مخالف للاحاديث كلها وماكان هذا سبيله لايعترض به الاخبار الكثيرة .

٤) المقنعة : ٧٨ .

٥) المختلف ٧٠/٢ .

٦) الفقيه ٣٠٧/٣ ، التهذيب ٣١٥/٧ باختلاف يسير بينهما .

٧) التهذيب ٣١٣/٧ ، الكافى ٤٣٩/٥، الاستبصار ١٩٤/٣.

كانت متفرقة فلا[1] . دلت بمفهومها على التحريم مع عدم التفريق .

وأما الكبرى فلرواية حماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال: لايحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم[2] . ونحوه عن ابى الحسن عليه السلام[3] ، ونحوه عن عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[4].

وأجيب عن الاول: ان الاطلاق معارض بأصالة عدم التحريم، وعن الثانى والثالث بالحمل على الكراهية جمعاًبين الأدلة، مع أن في طريق الثاني محمد ابن سنان وفيه قول ، ومع أن قوله كان يقال حكاية القول وليس بفتوى، ورواية عمربن يزيد دلالتها بالمفهوم وليس حجة .

(الرابع) قول الشيخ[5] في النهاية والمبسوط وكتابى الاخبار أنه خمسة عشررضعة ، محتجاً برواية زياد بن سوقة قال : قلت لابىجعفرعليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ قال : لايحرم الرضاع أقل من رضاع يوم وليلة أوخمس عشرةرضعات متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهارضعة امرأة غيرها ، ولو أن امرأة ارضعت غلاماً وجارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وأرضعتها امرأة أخرى من لبن فحل آخرعشر رضعات لم يحرم نكاحهما[6] وعلى قوله رحمه الله الفتوى .

ثم مما يدل على أن العشر لايحرم رواية عبيد بنزرارة موثقاً عن الصادق

---

١) التهذيب ٣١٤/٧ ، الكافى ٤٣٩/٥، الاستبصار ١٩٤/٣.

٢) التهذيب ٣١٢/٧ ، الكافى ٤٣٨/٥، الاستبصار ١٩٣/٣.

٣ ، ٤) التهذيب ٣١٢/٧ .

٥) النهاية: ٤٦١ قال فيه بعد الحكم بانبات اللحم وشد العظم : فان علم بذلك والا كان الاعتبار بخمس عشرة رضعة متواليات لم يفصل بينهن برضاع امرأة اخرى .

وفى المبسوط ٢٠٤/٤: فان ارضع المولود من هذا اللبن عندنا خمس عشرة رضعة متوالية لم يفصل ـ الخ .

٦) التهذيب ٣١٥/٧ ، الاستبصار ١٩٢/٣ .

ويعتبر في الرضعات قيود ثلاثة: كمال الرضعة ، وامتصاصها من الثدى ، وألايفصل بين الرضعات برضاع غيرالمرضعة .

عليه‌السلام قال: سمعته يقول: عشررضعات لايحرمن شيئاً[1]. ومثله عن عبدالله بن بكيرموثقاً عنه عليه السلام[2].

وعن علي بن رئاب صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : قلت ما يحرم من الرضاع ؟ قال : ما أنبت اللحم وشد العظم . قلت : فيحرم عشر رضعات ؟ قال : لا لانها لاتنبت اللحم ولاتشد العظم عشررضعات[3].

اذا عرفت هذا فالمصنف تردد بين أحد الامورالثلاثة ، واستفيد الأول من رواية ابن رئاب هذه ، والثاني من رواية زياد بن سوقة، والثالث منها أيضاً .

وأيضاً انه اذا لم يكن العشرمحرمة كان التحريم‌بالخمس عشرة ، اذ لاقائل من المحققين بعددآخر غيرهما ، وشد اللحم والعظم وان كان رجوعاً الى غير معلوم لكنه‌ليس حاصلا بالعشر، لما دلت عليه الرواية، فيكون حاصلا بالخمس عشرة توقيفاً وتقريباً .

قوله : ويعتبرفى الرضعات قيود ثلاثة :كمال الرضعة، وامتصاصها من الثدى، وان لايفصل بين الرضعات برضاع غيرالموضعة

أما الكمالية فللشيخ[4] فيها قولان :

---

١) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

٢) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

٣) التهذيب ٣١٣/٧ ، الاستبصار ١٩٥/٣ .

٤) المبسوط ٢٩٤/٥ قال فيه : فالمرجع فى ذلك الى العرف فماكان فى العرف رضعة فهورضعة وما ليس فى‌العرف برضعة فليس برضعة ـ الى ان قال ـ غيران اصحابنا خاصة قدروا الرضع بما يروى الصبي منه ويمسك منه .

(الثالث) أن يكون فى الحولين ، وهويراعى فى المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح .

أحدهما : المرجع الى العرف ، لان كل لفظ أطلقه الشارع ولم يعين له حداً يرجع فيه الى العرف .

وثانيهما : أن يروى الطفل ويصدر من قبل نفسه ، فلوترك الثدي ثم عاود فان كان للتنفس أوللالتفات الى ملاعب أوالانتقال الى ثدي آخر أوالراحة أومنع منه فالكل رضعة ، وان كان للاعراض فالاولى رضعة مستقلة .

وأما الامتصاص من الثدي فلم يشترطه ابن الجنيد كما تقدم ، وللشيخ في المبسوط كلام مختلف يدل على تردده فيه . والحق ماقاله المصنف، لان التحريم معلق على وصف الارضاع والوجور ليس بارضاع ، لان الامتصاص جزء من الرضاع دون الوجور ، فلايتعدى الحكم اليه تمسكاً بأصل الاباحة .

ان قلت : المعتبر هو ما أنبت اللحم وشد العظم ، سواء كان بالامتصاص أوالوجور ، فالخصوصية التي بها يمتاز الرضاع عن الوجور لا اعتبار بها حينئذ.

قلت : لانسلم أن الخصوصية لا مدخل لها ، فان الامتصاص انما يكون باقتضاء الطبيعة والطبيعة لاتكذب ، فعلم قطعاً ان المشروب صار جزءاً من بدن المرتضع، بخلاف الوجور فانه يحتمل أن يكون على خلاف مقتضى الطبيعة فلاتعلم صيرورة المشروب جزءاً .

وأما عدم الفصل فقد دل عليه رواية زياد بن سوقة ، وقد تقدمت .

قوله : الثالث ان يكون فى الحولين، وهويراعى فى المرتضع دون ولد المرضعة على الاصح

هنا فوائد :

(الاولى) أجمع الاصحاب على أنه لوحكم للرضاع بعدالحولين في الجملة

حتى أنه لوخرج الحولان في أثناء الرضعة الاخيرة لم ينشرحرمة .

وقال ابن الجنيد اذا حصل بعد الحولين ولم يتوسط بين الرضاعين فطام نشرالحرمة، محتجاً بروايةابن الحصين عن الصادق عليه السلام أنه قال: الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم يحرم[1].

والحق الاول للاجماع، ولقول الصادق عليه السلام : لارضاع بعد فطام . قال الراوي وهوحماد بن عثمان : قلت: وما الفطام ؟ قال: الحولان اللذان قال الله تعالى[2] . ورواية ابن الجنيد محمولة على التقية .

(الثانية) المشهورأن الرضاع في الحولين ينشرالحرمة، سواء كان قد فطم وأكل الطعام أولا .

وقال ابن ابى عقيل الشرب بعد الفطام لا يحرم . فان أراد به بعد الفصال الشرعي ـ وهو انقضاء الحولين ـ فلا مخالفة حينئذ، والا فهومخالف لما عليه الاصحاب .

(الثالثة) أطلق الشيخان[3] وغيرهما أن الرضاع انما يعتبرفي الحولين ، ولم يتعرضوا لولد المرضعة الا التقي ، فانه نص على أن ذلك معتبر في الراضع والمرتضع من لبنه ، وتبعه ابن زهرة وابن حمزة ، وهومحكي عن ابن بكير ، محتجين باطلاق النص في أنه لارضاع بعد فصال .

وقال ابن ادريس[4] : بل ذلك يعتبر في الراضع دون المرتضع من لبنه ، محتجاً بعموم الاية ، فانه يصدق عليها بعد الحولين انها ارضعت .

---

١) الفقيه ٣/٣٠٦ ، التهذيب ٧/٣١٨ ، الاستبصار ٣/١٩٨ .

٢) التهذيب ٧/٣١٨ ، الكافى ٥/٤٤٣ . والمراد من قوله تعالى الاية ٢٣٣ من سورة البقرة وهى « والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين » .

٣) المقنعة : ٧٨ ، النهاية : ٤٦١ ، المبسوط ٥/٢٩٣ .

٤) السرائر : ٢٨٥ .

(الرابع) أن يكون اللبن لفحل واحد .

فيحرم الصبيان يرتضعان بلبن واحد ولو اختلفت المرضعتان.

ولا يحرم لو رضع كل واحد من لبن فحل آخر ، وان اتحدت المرضعة .

ويستحب أن يتخير للرضاع المسلمة الوضيئة العفيفة العاقلة ولـو اضطر الى الكافرة استرضع الذمية ، ويمنعها من شرب الخمر ولحم الخنزير .

ويكره تمكينها من حمل الولد الى منزلها .

ويكره استرضاع المجوسية ، ومن لبنها عن زنى .

وفي رواية : اذا احلها مولاها طاب لبنها .

وتوقف العلامة في المختلف[1]. والفتوى على ما قاله ابن ادريس.

قوله : ولايحرم لورضع كل واحد مـن لبن فحل آخر وان اتحدت المرضعة

قال ابوعلي الطبرسي صاحب التفسير: تكون بينهم اخوة للام، وهي تحرم التناكح . وهو غلط ،فان الاخوة المذكورة مسلمة لكن كونها محرمة للتناكح ممنوع ، اذ شرط التحريم المذكور اتحاد الفحل . على أنا نمنع الاخوة أيضاً لما يأتي أنه لاتتحقق الاخوة الامع كمال الشرائط .

قوله : ويكره استرضاع المجوسية ومن لبنها عن زنا ، وفي رواية اذا احلها مولاها طاب لبنها

انما كره ذلك لان الرضاع يغير الطباع ويؤثر في البدن تأثيراً عظيماً، ولذلك

---

١) المختلف ٢ / ٧١.

وهنا مسائل .

(الاولى) اذا اكلمت الشرائط صارت المرضعة أماً ، وصاحب اللبن أباً ، وأختها خالة وبنتها أختاً .

ويحرم أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً على المرتضع وأولاد المرضعة ولادة لارضاعاً .

(الثانية) لاينكح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لانهم في حكم ولده .

نشر التحريم . والرواية المذكورة نقلها الكليني عن ثقات عن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في امرأة الرجل يكون لها الخادم قد فجرت فيحتاج الى لبنها . قال : مرها فتحللها يطيب اللبن[1].

ومثله روى البزنطي في جامعه عن اسحق بن عمار عنه أيضاً عليه السلام[2] وأفتى بمضمون ذلك الشيخ في النهاية[3]، وهو مشكل لان التحليل لايؤثر في الماضي بل في المستقبل .

قوله: لاينكح ابو المرتضع في اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً لانهم في حكم ولده

هذا ذكره الشيخ[4] في النهاية والخلاف، وعليه اتباعه ولم نسمع فيه خلافاً

---

١) الكافي ٥ /٤٧٠ و٦ /٤٣ الوسائل ١٥ /١٨٤ والرواية فيهما عن هشام بن سالم وجميل ابن دراج وسعد بن ابي خلف جميعاً عن ابي عبدالله عليه السلام . وفيهما «فلتحللها» .

٢) الكافي ٦ /٤٣ ، التهذيب ٨ /١٠٩ ، الاستبصار ٣ /٣٢١ .

٣) النهاية: ٥٠٤ ، قال فيه: وان كانت له امة قد ولدت او كانت ولدت من الزنا واحتاج الى لبنها فليجعلها في حل من فعلها ليطيب بذلك لبنها .

٤) النهاية : ٤٦٢ .

وهل تنكح أولاده الذين لم يرتضعوا فى أولاد هذه [المرضعة وأولاد فحلها] . قال فــى الخلاف : لا ، والوجه الجواز .

ومستنده رواية علي بن مهزيار قال : سأل ابن جعفر أبا جعفر الثاني عليه السلام عن امرأة ارضعت لي صبياً هل يحلل لي أن أتزوج بنت زوجها؟ فقال: ماأجود ماسألت من ههنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لاغيره . فقلت له: فان الجارية ليست بنت المرأة التي أرضعت لي هى بنت غيرها. فقال: لو كن عشراً متفرقات ماحل لك منهن شيء و كن في موضع بناتك[1].

ومثله رواية الشيخ في التهذيب عن ايوب بن نوح قال: كتب علي بن شعيب الى ابى الحسن عليه السلام : امرأة أرضعت بعض ولدي هل يجوزلي أن أتزوج بعض ولدها . فكتب عليه السلام : لايجوز لك ذلك لان ولدها صارت بمنزلة ولدك[2].

قوله : وهل ينكح اولاده الذين لم يرتضعوا فى اولاد هذا الفحل[3] قال فى الخلاف لا، والوجه الجواز

ما قاله في الخلاف[4] هو أيضاً مذهبه في النهاية[4]. ويمكن أن يحتج له بأنهم اذا حرموا على الأب لانهم صاروا بمنزلة ولده فقد صاروا أخوة لولده فلايجوز النكاح في الأخوة .

---

١) الكافى ٥/٤٤٢ ، التهذيب ٧/٣٢٠ ، الاستبصار ٣/١٩٩ .

٢) التهذيب ٧/٣٢١ ، الفقيه ٣/٣٠٦ ، الاستبصار ٣/٢٠١ .

٣) كذا فى متن الرياض واما ما فى « المختصر النافع ط مصر » : فــى اولاد هذه المرضعة واولاد فحلها .

٤) الخلاف ٣/٦٧ ، النهاية : ٤٦٢ .

والجواز قول ابن ادريس[1] والمصنف، ووجهه أنه لايحرم بالرضاع الا ما يحرم بالنسب كما قال صلى الله عليه وآله وسلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[2]. ومثل هذا لايحرم من النسب، كما اذا تزوج زيد مثلا بزينب ولزيد ابن من غيرها ولزينب بنت من غير زيد فانه يجوز أن يتزوج ابن زيد بنت زينب التي من غير ابيه وان كان لزيد من زينب أولاد التي نسبتهم الى زيد وزينب بالولادة كنسبة المرتضع الى صاحب اللبن وأم المرتضع بالرضاع.

وهنا فوائد:

(الاولى) قال الشيخ في المبسوط[3] للفحل أن يتزوج بأم المرتضع وأخته ويجوز لوالد هذا المرتضع ان يتزوج بالتى ارضعته لانه لانسب بينهما ولارضاع ولانه لما جاز ان يتزوج ام ولده من النسب فانه يجوز ان يتزوج ام ولده من الرضاع الاولى.

وقال ابن ادريس[4]: لايجوز أن يتزوج بأخت المرتضع، لانه في النسب لايجوز أن يتزوج الانسان بأخت ابنه.

(الثانية) قال الشيخ أيضاً في المبسوط[5] يجوز للفحل أن يتزوج بجدة المرتضع.

قال: ان قيل أليس انه لايجوز له أن يتزوج بأم أم ولده من النسب فكيف جاز أن يتزوج بأم أم ولده من الرضاع، وقد قلتم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟.

وأجاب: بأن أم أم ولده من النسب انما حرمت بالمصاهرة لا بالنسب،

---

١) السرائر: ٢٩٣.

٢) الوسائل ١٤/٢٨٠.

٣) المبسوط ٥/٢٩٢.

٤) السرائر: ٢٩٤.

٥) المبسوط ٥/٢٩٢.

(الثالثة) لوتزوج رضيعة فأرضعتها امرأته حرمتا ان كان دخل بالمرضعة والا حرمت المرضعة حسب.

والحديث انما دل على التحريم بالنسب لابالمصاهرة.

قال ابن ادريس: وذلك أيضاً غير جائز، لانا لانجوز في النسب أن يتزوج الانسان بأم امرأته بحال، وانما علل ذلك الشافعي بالمصاهرة. وليس هنا مصاهرة قال: والذي يقتضيه مذهبنا تحريم أم ولده من الرضاع كتحريم أم ولده من النسب.

واختاره العلامة في المختلف[1] وقال انه المعتمد. وقال: ان قول الشيخ وان كان قوياً الأن رواية ابن مهزيار المذكورة على خلافه، فان الامام عليه السلام قد حكم فيها بتحريم أخت الابن من الرضاع وجعلها بمنزلة البنت، ولاريب أن أخت البنت انما تحرم بالنسب لو كانت بنتاً أو بالنسب لو كانت بنت الزوجة فالتحريم هنا باعتبار المصاهرة وجعل الرضاع كالنسب في ذلك. قال: ولولا هذه الرواية لقلت بقول الشيخ.

قال: ونسبة ابن ادريس هذا القول الى الشافعي لايضر الشيخ. وقوله « لا يجوز أن يتزوج بأخت ابنه ولا بأم امرأته وليس هذا مصاهرة » غلط لانهما انما حرمتا بالمصاهرة، وهذا قوله في المختلف واعتمد في الارشاد والتلخيص على قول الشيخ، واختاره الشهيد.

(الثالثة) قال ابن الجنيد: لايحرم الجمع بين الأختين بالرضاعة بنكاح ولا ملك. ولم نقف لغيره على كلام في ذلك، والاحوط التحريم، لاطلاق قوله تعالى « وأن تجمعوا بين الأختين »[2].

---

١) المختلف ٢/ ٧٢، قال فيه: وقول الشيخ في غاية القوة ولولا هذه الرواية الصحيحة لاعتمدت على قول الشيخ ونسبة ابن ادريس هذا القول الى الشافعي غير ضائر للشيخ.

٢) سورة النساء: ٢٣.

ولو كان له زوجتان فأرضعتها واحدة حرمتا مع الدخول.
ولو أرضعتها الاخرى فقولان ، أشبههما : أنها تحرم أيضاً.

قوله : ولو كان له زوجتان فارضعتها واحدة حرمتا مع الدخول ولو ارضعتها الاخرى فقولان اشبههما انها تحرم أيضاً

يريد لو كان لرجل زوجتان كبيرتان وزوجة صغيرة رضيعة فأرضعت احدى الكبيرتين تلك الرضيعة، فان كان قد دخل بالكبيرة المرضعة حرمتا أي الكبيرة والصغيرة : أماالكبيرة فلانها أمزوجته فيدخل تحت عموم «وأمهات نسائكم»[1] وأما الصغيرة فلانها بنت زوجة مدخول بها فتكون من الربائب المحرمات مع الدخول بأمهاتهن، وان لم يكن دخل حرمت الكبيرة حسب.

ثم نقول في الصورة الاولى ـ أي صورة الدخول وحرمة الزوجتين ـ لو أن زوجته الكبيرة الاخرى أرضعت تلك الصغيرة التي قد حرمت فهل تحرم أيضاً أم لا ؟ للشيخ قولان :

قال في النهاية[2] لاتحرم ، وبه قال ابن الجنيد ، لرواية علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام ، قيل له : ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له اخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية وامرأتاه. فقال عليه السلام : اخطأ ابن شبرمة ، حرمت عليه الجارية وامرأته التي أرضعتها أولا فأما الاخيرة فلم تحرم عليه لانها أرضعت ابنته[3].

---

١) سورة النساء : ٢٣ .

٢) النهاية : ٤٥٦ قال فيه : وان ارضعت الجارية ـ اى الصغيرة المعقودة على الزوج ـ امرأتان له حرمت عليه الجارية والمرأة التى ارضعتها اولا ولم تحرم عليه التى ارضعتها ثانياً .

٣) الكافى ٤٤٦/٥ ، التهذيب ٢٩٢/٧ .

ولو تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأته حرمن كلهن ان كان دخل بالمرضعة ، والا حرمت المرضعة .

(السبب الثالث) فى المصاهرة : والنظر فى الوطء والنظر واللمس .

وقال في المبسوط[1] تحرم، واختاره ابن ادريس[2] والمصنف، لانها أم من كانت زوجته ، اذ لايشترط في صدق المشتق بقاء المعنى ، فيدخل تحت قوله تعالى « وأمهات نسائكم » .

والعلامة في المختلف[3] قال في الاول انه قوي ، وقال في الثاني انه جيد لان الرضاع كالنسب ، وكما أن النسب يحرم سابقاً ولاحقاً فكذا ما ساواه .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو كان له اكثر من زوجتين مدخول بهن فأرضعتها احداهن ثم أخرى ثم أخرى وهكذا حرم الكل على القول بالتحريم .

(الثانية) لو كان له زوجة كبيرة مدخول بها وزوجتان رضيعتان فأرضعت الكبيرة احداهما حرمتا ، فلو أرضعت الاخرى جرى الخلاف كما تقدم ، لان الصغيرة الثانية بنت من كانت زوجته .

(الثالثة) لافرق في الكبيرة المدخول بها بين المنكوحة بالعقد دائماً ومنقطعاً وبين الموطوأة بالملك أو التحليل .

قوله : السبب الثالث المصاهرة

---

١) راجع المبسوط ٢٩٨/٥ فانه ذكر هناك شقوق المسألة مفصلة .

٢) السرائر : ٢٩٤ .

٣) المختلف ٧٣/٢ .

(أما الاول) فمن وطیء امرأة بالعقد أوالملك حرمت عليه أم الموطوءة وان علت وبناتها وان سفلن، سواء كن قبل الوطء أو بعده. وحرمت الموطءة على أبي الواطیء وان علا وأولاده وان نزلوا. ولوتجرد العقد عن الوطء حرمت أمها عليه عيناً على الاصح وبنتها جمعاً لاعيناً .

المراد بالمصاهرة هو وطیء امرأة أوعقد عليها أولمس أونظربشهوة على قول فيهما، فيحرم على غيرالواطیء أوالعاقد نكاحهاأوعليه نكاح امرأة اخرى تحريماً مؤبداً .

قوله: ولو تجرد العقد عن الواطی حرمت أمها على الوطی عيناً على الاصح وبنتها جمعاً لاعيناً

كأنما زل قلم المصنف رحمه الله فأراد أن يكتب حرمت أمها على العاقد فكتب على الواطیء ، والا فاذا تجرد العقد عن الوطي كيف يكون واطئاً حتى يقال حرمت عليه أم لا. وجل من لايسهو .

اذاعرفت هذافهل تحرم الام بمجرد العقد على بنتها أم لا ؟ قال الشيخان[1] والتقي وسلار وجماعة بالاول، وهو الاصح عندالمصنف. وقال ابن ابي عقيل وابن بابويه بالثاني ، و كلام ابن الجنيد مشتبه فيه ، ومثار القولين الاحتمال في قوله تعالى « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي فيحجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن »[2] فانه تحتمل الدلالة على التحريم لانه عمم أمهات نسائكم في التحريم وقيد الربائب بالدخول بأمهاتهن ، وذلك لما تقررفي الاصول من وجوب عود

---

۱) المبسوط ١٩٦/٤ ، المقنعة : ٧٨ .

۲) سورة النساء : ٢٣ .

الوصف والشرط والاستثناء بعد الجمل الى الاخيرة على الرأي الاقوى.

ثم وان سلمنا العود الى الكل لكن ذلك عند عدم القرينة، أما معها فلا، والقرينة هنا للاخيرة، وذلك لانه قال «من نسائكم» وأمهات نسائنا ليس من نسائنابل نساؤنا منهن، ولذلك لما أفتى ابن مسعود بالاباحة قال له علي عليه السلام من أين أخذته؟ قال: من قوله «وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن». فقال علي عليه السلام: ان هذه مستثناة وهذه مرسلة[1].

وفي حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال: ابهموا ما أبهم الله[2].

ويحتمل الدلالة على التحليل، لان كل واحدة من الجملتين يحتاج الى البيان والوصف صالح لبيانهما معاً، فيكون اشتراط الدخول عائداً الى الكل منهما. ويؤيد الاول اطباق اكثر الأصحاب عليه وتظافر رواياتهم، ويؤيد الثاني حديثان:

أحدهما: عن جميل بن دراج وحماد بن عثمان عن الصادق عليه السلام أنه قال: الام والبنت سواء اذالم يدخل بها ـ يعني اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فانه ان شاء تزوج أمها وان شاء ابنتها[3].

وثانيهما: عن محمد بن اسحاق بن عمارقال: قلت له: رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج أمها. قال: سبحان الله كيف تحل له أمها وقد دخل بها. قال: قلت له: رجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها أتحل له أمها؟ قال: وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها[4].

١) الكافي ٥/٤٢٢، التهذيب ٧/٢٧٤.
٢) التهذيب ٧/٢٧٣، الاستبصار ٣/١٥٧، مجمع البيان ٤/٢٩.
٣) التهذيب ٧/٢٧٣، الكافي ٥/٤٢١، الاستبصار ٣/١٥٧.
٤) التهذيب ٧/٢٧٥، الاستبصار ٣/١٥٨.

فلو فارق الام حلت البنت .

ولا تحرم مملوكة الابن على الاب بالملك ، وتحرم بالوطء وكذا مملوكة الاب .

ولا يجوز لاحدهما أن يطأ مملوكة الاخر مالم يكن عقد أو تحليل . نعم يجوز أن يقوم الاب مملوكة ابنه الصغير على نفسه ثم يطأها.

ومن توابع هـذا الفصل تحريم أخت الزوجة جمعاً لاعيناً ، وكذا بنت أخت الزوجة وبنت أخيها ، فان أذنت احداهما صح .

وأجاب الشيخ[1] عنهما بأنهما شاذان مخالفان للكتاب فيطرحان ، اوأنهما خرجا للتقية فانه مذهب بعض الفقهاء. مع أن الحديث الثاني غير مستند الى امام فجاز أن يكون المسؤول غير امام فلايجب المصير الى قوله .

قال العلامة : في جواب الشيخ نظر، فانا نمنع كونهما معارضتين للكتاب فان الاصل في الوصف والشرط وان كان الرجوع الى الاخيرة الا أنه يمكن عودهما الى الجملتين معاً . قال: والحديثان قويان لايبعد عندي العمل بهما [وما ذكره من تعذر الرجوع الى الجملتين ضعيف] وبالجملة فنحن في هذه المسألة من المتوقفين الا أن الترجيح للتحريم عملا بالاحتياط وبفتوى اكثر الاصحاب[2].

قلت : وغير بعيد أن يكون البيان بالوصف للجملة الاولى، لان الربائب لا يكن في حجورنا الا بعد دخولنا بأمها تهن ، فلايحتاج الى البيان .

قوله : وكذا بنت اخت الزوجة وبنت اخيها فان اذنت احداهما صح

أجمع العلماء على أنه اذا لم تأذن العمة أو الخالة لايجوز نكاح بنت الاخ

---

١) راجع التهذيب ٢٧٥/٧ .

٢) راجع المختلف ٧٤/٢ .

ولابنت الاخت ، أما مع اذنهما فقال الجمهور انه أيضاً كذلك، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها[1] .

وهومذهب الصدوق في المقنع[2] وكذا عنده أيضاً لايجوز ادخال العمة أوالخالة على بنت الاخ أوبنت الاخت .

وقال باقي الاصحاب بالجوازفي الصورتين، محتجين برواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال : لاتزوج ابنة الاخت على خالتها الا باذنها وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنها[3] .

وحيث لم يفرق أحد بين العمة والخالة كانت هذه الرواية أيضاً حجة في العمة وبنت أخيها .

احتج الصدوق برواية ابى الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام: لايحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها ولابين المرأة وخالتها[4] . ورواية ابى عبيدة الحذاء قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة[5] .

وأجيب: بأن هذين مطلقان وروايتنا مقيدة فيحملان عليها ماتقرر في الاصول من وجوب حمل المطلق على المقيد .

وأما ابن الجنيد فجعل ما منعه الاصحاب مكروهاً .

---

١) اخرجه ابن ماجة ٦٢١/١ .

٢) المقنع : ١١٠ ، قال فيه : ولاتنكح امرأة على عمتها ولاعلى خالتها ولاعلى ابنة اختها ولاعلى ابنة اخيها .

٣) الوسائل ٣٧٦/١٤ ، التهذيب ٣٣٢/٧ ، الكافى ٤٢٤/٥ باختلاف يسير .

٤) التهذيب ٣٣٢/٧ ، الوسائل ٣٧٦/١٤ .

٥) الفقيه ٢٦٠/٣ ، التهذيب ٣٣٣/٧ ، الاستبصار ١٧٨/٣ .

ولاكذا لوأدخل العمة أوللخالة على بنت الاخ والاخت.

ولو كان عنـده العمة أوالخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ أو الاخت كان العقد باطلا.

وقيل: تتخير العمة أوالخالة بين الفسخ والامضاء أوفسخ عقدها.

قوله: وكذا[1] لوأدخل العمة أوالخالة على بنت الاخ اوالاخت

هذا عطف على قوله «صح»، أي وكذا صح ادخال العمة أوالخالة على بنت الاخ أوالاخت وان لم يرض المدخول عليها بل يشترط رضاى الداخلة.

وهنا فوائد:

(الاولى) قد عرفت خلاف الصدوق[2] في هذه المسألة كما تقدم.

(الثانية) لافرق بين العمة الدنيا والعليا في ذلك، وكذا الخالة.

(الثالثة) لافرق أيضاً بين العمة والخالة نسباً أورضاعاً.

(الرابعة) الحكم ثابت فـي ملك اليمين، كما لوملك العمة وبنت أخيها والخالة وبنت أختها، فيشترط رضى العمة والخالة في الوطي لاالملك.

قوله: ولو كان عنده العمة أو الخالة فبادر بالعقد على بنت الاخ او الاخت كان العقد باطلا، وقيل تتخير العمة أوالخالة بين الفسخ والامضاء اوفسخ عقدها

الاول قول ابن ادريس[3]، لانه منهي عنه فيكون فاسداً. قيـل عليه بمنع الكبرى المضمرة كما بين في الاصول.

نعم قال السعيد[4] ان جعلنا رضاهما شرطاً في صحة العقد على الداخلتين

---

١) في المختصر النافع ط: ولاكذا.

٢) راجع التعليقة المنقولة آنفاً عن المقنع.

٣) السرائر: ٢٩٢.

٤) ايضاح الفوائد ٣/ ٨١.

فالحق البطلان أو المشروط عدم عند عدم شرطه ، وان جعلنا عدم الرضا مانعاً فالحق عدمه لاصالة عدم المانع . لكن الظاهر الاول فيبطل .

ثم ابن ادريس مع حكمه بالبطلان حكم بمسائل :

(الاولى) انه جعل للمدخول عليها الخيار في فسخ عقدها. وفيه نظر، لان المقتضي لفسخ عقدها هو الجمع ومع البطلان لاجمع. هذا مع أن عقدها وقع صحيحاً ولا دليل على بطلانه فيحكم بصحته ولزومه عملا بالاستصحاب ، ولان النهي انما تعلق بعقد الداخلة فيختص الحكم به[1] .

ثم الذي يدل على بطلان عقد الداخلة رواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وبنت الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضاء منهما ، فمن فعل فنكاحه باطل[2] . وحمل البطلان هنا على عدم اللزوم والوقوف على الاجماع خلاف الظاهر .

وروى السكوني أيضاً عن الصادق عليه السلام أن علياً عليه السلام أتي برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده وفرق بينهما[3] . وليس ذلك مع الاذن اجماعاً منا فيكون مع عدم الاذن وهو المطلوب .

(الثانية) انه قال : اذا رضيت المدخول عليها بعد العقد يحتاج الى عقد ثان للداخلة لوقوع الاول باطلا . وهذا غير بعيد على القول بالبطلان .

(الثالثة) انها اذا لم ترض واعتزلت واعتدت كان ذلك فراقاً بينها وبين الزوج ومغنياً عن الطلاق، ولا تستحق في هذه العدة نفقة لانها فسخ وله أن يتزوج بأختها في الحال ، ولا يجوز أن يستبيح وطيء بنت الاخ أو بنت الاخت الا بعقد مستأنف لان العقد الاول وقع فاسداً .

---

١) في بعض النسخ : فيه .

٢) التهذيب ٧/٣٣٣ ، الاستبصار ٣/١٧٧ .

٣) التهذيب ٧/٣٣٢ ، الاستبصار ٣/١٧٧ ، الوسائل ١٤/٣٧٦ .

وفى تحريم المصاهرة بوطء الشبهة تردد، أشبهه : أنه لايحرم.

قال العلامة[1] : في افتقار الاباحة الى عقدثان اشكال ، لاصالة الصحة ، وتجدد البطلان بتجددالفسخ لايدل على وقوعه فاسداً والا لاتوقف على الفسخ.

وفي الاشكال نظريعلم مما تقدم، وهوأن الاذن شرط في الصحة ولم يحصل أولا فيبطل .

والقول الثاني للشيخين ، ولم أقف له على مستند . وابن حمزة والقاضي تابعاللشيخين[2] الاأنهمالم يجعلا لهماالخيارفي فسخ عقدالداخلة بل قالا مع عدم لرضا تكون مخيرة بين الرضا وبين فسخ عقدها والاعتزال عن الزوج بغير طلاق ويفرق بينهما حتى تخرج العمة أوالخالة من العدة .

وفيه نظر، لانه اذا قيل بأن لها فسخ نكاحهاكان بائناًكسائر الفسوخ فلايجب ارتقاب انقضاء عدتها للبينونة .

قوله : وفى تحريم المصاهرة بوطى الشبهة تردد اشبهه انه لا يحرم

ينشأ من أصالة الحل وعموم « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[3] ، ومن اجماع الاصحاب على تنزله منزلة الصحيح في الحاق النسب وحرمة النسب الحاصلة منه على ابنتها وأختها ، ولان الزنا ينشر حرمة المصاهرة كما يجيء فالشبهة أولى .

والاول قول ابن ادريس[4] ، والثاني قول الشيخ في المبسوط[5] . وهوأولى

---

١) المختلف ٢ / ٨٠ .

٢) النهاية : ٤٥٩ ، المقنعة : ٧٨ .

٣) سورة النساء : ٢٤ .

٤) السرائر : ٢٨٩ ، قال فيه : فأما عقد الشبهة ووطء الشبهة فعندنا لاينشر الحرمة ولايثبت به تحريم المصاهرة بحال .

٥) المبسوط ٤ / ٢٠٨ قال فيه: الوطى بالنكاح وبالملك وبالشبهة يحرم وينشر الحرمة بلاخلاف .

وأماالزنى فلاتحرمالزانية ولاالزوجة وان أصرت على الاشهر.

للاحتياط فى استباحة الفرج[1] .

قوله : واما الزنا فلا يحرم الزانية ولاالزوجة وان اصرت على الاشهر

هنا مسألتان :

(الاولى) الزانية ذات بعل أوفي عدة رجعية تحرم على الزاني اجماعاً ، وهل تحرم على غيره أوعليه اذا لم تكن في الحالين[2] وعلى غيره أم لا ؟ قال في النهاية[3] نعم الا ان تتوب وحد توبتها أن تدعى الى الزنا فتمتنع ، محتجاً برواية ابى بصير[4] ورواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام[5] .

وتابعه القاضي ، وهومذهب التقي والظاهر من كلام المفيد[6] . وقد يستدل بقوله تعالى « والزانية لاينكحها الازان »[7] الدال على الحرمة مع قوله « وحرم ذلك »[7] أي النكاح لاالزنا لانه تأكيد والاول تأسيس .

وأجيب : بمنع العموم والجملة مهملة .

---

١) قال ابـن فهد فى المهذب : (فرع) يشترط فـي نشرالحرمة بالشبهة السبق ، فلووطى الاب زوجة الابن لشبهة لم يحرم على الابن زوجته لسبق الحل. وقال فيالمبسوط بالتحريم لقوله تعالى « ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء » . وأجيب بأن دلالة الاية فى هذا الباب ظنية فلاترفع الحل المتيقن .

٢) اى اذا لم تكن ذات بعل وذات عدة رجعية .

٣) النهاية : ٤٥٨ .

٤) الفقيه ٢٦٤/٣ ، التهذيب ٣٢٧/٧ .

٥) الكافى ٣٥٥/٥ ، التهذيب ٣٢٨/٧ .

٦) المقنعة : ٧٨ .

٧) سورة النود : ٣ .

وهل تنشر حرمة المصاهرة ؟ قيل : نعـم ان كان سابقاً ، ولا تنشر ان كان لاحقاً ، والوجه : أنه لاينشر .

وقال في الخلاف[1] والاستبصار واختاره ابن ادريس[2] بعـدم التحريم . وهو الحق ، لعدم المنافاة بين زناها والعقد عليها والا لحرمت زوجته اذا زنت بعد العقد. وهو باطل كما يجيء ، ولاصالة الحل ، وتؤيده رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : أيمارجل فجر بامرأة حراماً ثم بداله أن يتزوجها حلالا فـاذا أوله سفاح وآخره نكاح ، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل مـن تمرها حراماً ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا[3] . ومـا ذكره الشيخ محمول على الكراهية .

(الثانية) لاتحرم الزوجة بمجرد زناها اجماعاً ، وهل تحرم مع الاصرار عليه؟ الظاهر من كلام المفيد[4] وسلار وابن حمزة ذلك حذراً من اختلاط النسب. والاولى عدمه، لاصالة الحل، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايحرم الحرام الحلال[5] . وقول المصنف «على الاشهر» يدل على أن فيه رواية تستلزم التحريم ولم نقف عليها .

قوله : وهل ينشر حرمـة المصاهرة ؟ قيل نعم ان كان سابقـاً ولاينشر [ان كان] لاحقاً ، والوجه انه لاينشر

---

١) الخلاف ٢ /٣٧٨ ، الاستبصار ٣ /١٦٨ .

٢) السرائر : ٢٩١ .

٣) الكافي ٥ /٣٥٦ ، التهذيب ٧ /٣٢٧ .

٤) لانه قال في المقنعة ٧٨ : فان فجر بها وهي غير ذات بعل ثم تاب من ذلك واراد أن ينكحها بعقد صحيح جاز له ذلك بعد أن تظهر منها التوبة أيضاً والافلا .

٥) الوسائل ١٤ /٣٢٤ ، ٣٢٥ بعبارات مختلفة : « ما حرم حرام حلالا قط » و« ان

البحث في الزنا بالنسبة الى التحريم على ثلاثة أقسام :

(الاول) تحريم المزني بها بالنسبة الى الزاني ، وقد تقدم آنفاً وتجيء تتمتـه .

(الثاني) بالنسبة الى الولد الحاصل من الزنا، ولا كلام في عدم ثبوت نسبه لكن هـل تحرم البنت الحاصلة منه على الزاني وعلى أبيه وابنه وأخيه وعمه وخاله ام لا ؟ الحق نعم تبعاً للغة ، فانه ثبت لغـة فيدخل تحت قوله « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنـات الاخت »[1].

وابن ادريس[2] حرمها لا من هذه الجهة بل لانها كافرة، استسلافاً للحكم بكفر ولد الزنا .

وهو في موضع المنع. اذ لا دليل يدل عليه، وكونه لاينجب كما قال صلى الله عليه وآله وسلم «ولد الزنا لاينجب» لايستلزم الحكم بكفره، اذ يكفي في الحكم بعدم نجابته عدم كماليته في أحكام ولد الرشدة وهو حاصل ، فانا لانقبل شهادته ولا نصلي خلفه ولانلحق نسبه ونحكم بكراهة سؤره ، الى غير ذلك من أحكام ولد الرشدة[3] . فعلى قوله يصح انكاحها من الكافر وعندنا لا يصح .

(الثالث) بالنسبة الى تحريم المصاهرة كتحريم أمهـا وبنتها على الزاني وتحريمها على ابيه فصاعداً وابنه فنازلا . واختلف الاصحاب في ذلك ، فقال

الحرام لايفسد الحلال » و« ان الحرام لايحـرم الحلال » و« لايحـرم الحرام الحلال » .
واخرج ابن ماجة فى سننه باللفظ الاخير، راجع ٦٤٩/١.

١) سورة النساء : ٢٣ .

٢) السرائر : ٢٨٧ .

٣) الرشدة بفتح الراء وكسرها وسكون الشين ، يقال هذا ولد رشدة اذا كان النكاح صحيحاً ، كما يقال فى ضده ولد زنية بكسر الزاى . للمحقق الداماد تحقيق فـي اللفظين اوردناه فى حاشيتنا على مجمع البحرين .

المرتضى والصدوق في المقنع[1] وسلاروابن ادريس[2] واختاره المصنف بعدم التحريم مطلقاً سابقاً ولاحقاً، لقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[3] وعموم « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »[4] ، وبمارواه هشام بن المثنى قال : كنت عند الصادق عليه السلام فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال: نعم وأمها وبنتها[5] .

وعنه أيضاً عليه السلام قال له : رجل فجر بامرأة اتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ان الحرام لايفسد الحلال[6].

وبرواية حنان بن سدير قال : كنت عند الصادق عليه السلام اذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحاً أتحل له ابنتها ؟ قال : نعم ، ان الحرام لا يحرم الحلال[7].

وقال الشيخ[8] والتقي والقاضي وابن زهرة وابن حمزة أنه يحرم سابقاً لا

---

١) المقنع : ١٠٨ ، قال فيه : فان زنى بأمها فلا بأس ان يتزوجها بعد امها وابنتها واختها .

٢) السرائر ٢٨٦ ، قال فيه : وقال بعض اصحابنا تحرم ام المزني بها وابنتها والاظهر الاصح من المذهب ان المزني بها لاتحرم امها ولا ابنتها للادلة القاهرة من الكتاب والسنة والاجماع .

٣) سورة النساء : ٢٤ .

٤) سورة النساء : ٣ .

٥) التهذيب ٣٢٦/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ فيهما هاشم بن المثنى وفي بعض النسخ « هشام بن المثنى » كما في الكتاب .

٦) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٧) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٨) تعرض للمسألة في النهاية : ٤٥٨، الخلاف ٣٨١/٢، المبسوط ٢٠٢/٤ ، التهذيب ٣٢٦/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

لاحقاً ، واختاره العلامة في المختلف[1] محتجاً بوجوه :

(الأول) قوله «وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم[2]» ووجه التمسك أن المزني بها يصدق عليها اسم نسائكم، ولان الاضافة يكفي في جوازها أدنى ملابسة ، ولذلك يقول أحد حاملي الخشبة «خذ طرفك» أي طرف الخشبة التي تليك، وقال الشاعر:

اذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل اذاعت غزلها في القرايب

فأضاف الكوكب اليها لجدها في العمل عند طلوعه[3].

وفيه نظر ، لان ذلك مجاز لا حقيقة . سلمنا لكن ذلك حقيقة لغة لا عرفاً ، واذا دار اللفظ بين اللغة والعرف حمل على العرف لكونه طارئاً . سلمنا الحمل على اللغوي لكن يلزمه الحرمة لو كانت بينهما نسبة أخرى غير العقد والوطى كالصداقة والنسب غير المحرم لعين ما ذكره من جواز الاضافة بأدنى ملابسة .

(الثاني) رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن رجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال : لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بأمها أو اختها لم تحرم عليه التي عنده[4].

---

١) المختلف ٢ / ٧٤ .

٢) سورة النساء : ٢٣ .

٣) البيت لم يسم قائله ، والخرقاء كحمراء مؤنث اخرق بمعنى احمق . اسم امرأة كان في عقلها نقصان وكانت لاتتهيأ اسباب الشتاء في الصيف . فلما طلع « سهيل » واصاب البرد فرقت قطنها بين نساء اقاربها وجاراتها ليساعدنها في الغزل لتتهيأ لباس شتائها، في المهذب البارع : فنسب الكوكب اليها لشدة اهتمامها عند ظهوره . وفي المختلف: فأضاف الكوكب اليها لشدة سيرها فيه .

٤) التهذيب ٧ / ٣٢٩ ، الاستبصار ٣ / ١٦٥ .

(الثالث) رواية العيص بن القاسم قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل باشر امرأة فقبل غير أنه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها. قال: اذا لم يكن أفضى الى الام فلابأس ، وان كان أفضى اليها فلايتزوج ابنتها[1] .

(الرابع) منصور بن حازم صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها ؟ قال : ان كان قبلة أوشبهها فليتزوج ابنتها ان شاء ، وان كان جماعاً فلايتزوج ابنتها ويتزوجها هي[2].

(الخامس) التحريم من جهة الرضاع ثابت فيثبت من جهة النسب بالطريق الاولى ، والملزوم ثابت لرواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل فجر بامرأة أيتزوج أمها من الرضاعة أوابنتها ؟ قال: لا[3] فيثبت اللازم، لان النسب أصل الرضاع ويمتنع ثبوت صفة للفرع من حيث كونه فرعاً مع عدم ثبوتها لاصله .

وأجاب عن حجة الاولين :

أما الكتاب فان المتنازع داخل فيما تقدم، أعني «أمهات نسائكم»، والمراد بما طاب ماحل .

وفيهما نظر، لانا بينا عدم الدخول، وحمل « ماطاب » على المباح خلاف الظاهر ، بل يفهم منه ماطاب طبعاً .

وأما الروايات فبالقول بالموجب وحمل الفجور على ما دون الوطىء . وفيه أيضاً نظر ، لانه خلاف المفهوم منه لغة وعرفاً وشرعاً فلايصار اليه .

---

١) التهذيب ٢٣٠/٧ ، الكافى ٤١٥/٥ .

٢) الكافى ٤١٦/٥ ، التهذيب ٣٣٠/٧ وليس فى الاول « هى » وفى الثانى « ان شاء » .

٣) الكافى ٤١٦/٥ ، التهذيب ٣٣١/٧ ، الاستبصار ١٦٧/٣ .

والمختار التحريم بالسابق، لانه أحوط وأقرب للتوقي من الشبهات. ولنتم هذا البحث بمسائل :

(الاولى) قال الشيخ[١] ومن تابعه أولا تحرم الزانية على أب الزاني وابنه. ونقل ابن ادريس[٢] عن المفيد والسيد الاباحة وأفتى بها .

والحق الاول، للاجماع المركب ، فان كل من قال بتحريم أم المزني بها وبنتها قال بالتحريم هنا ومن اباح هناك اباح هنا، فالفرق احداث قول ثالث ، وهو باطل لما تقرر في الاصول .

(الثانية) لو عقد الاب أو الابن على امرأة ثم زنى بها الاخر لم تحرم على العاقد، سواء دخل العاقد قبل الزنا من الاخر أو لم يدخل، لاصالة الاباحة وعموم لا يحرم الحرام الحلال .

وشرط ابن الجنيد في الاباحة الوطىء قبل الزنا ، فلو عقد ولم يدخل ثم زنا الاخر حرمت على العاقد مؤبداً ، محتجاً بعموم « ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم » ، ولافرق بين الاب والابن عند أحد ، وبرواية عمار عن الصادق عليه السلام[٣] .

وأجيب بأن النكاح حقيقة شرعية في العقد والزنا لاعقد فيه، والرواية ضعيفة لضعف عمار .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية[٤]: اذا ملك الرجل جارية فوطئها ابنه قبل أن الايطأها حرم على الاب وطئها، فان وطئها بعد وطىء الاب وطئها لم يحرم ذلك على

---

١) النهاية : ٤٥٢ قال فيه : واذا زنا الرجل بامرأة حرم على ابنه وابيه العقد عليها .

٢) السرائر : ٢٨٦ .

٣) الكافي ٤٢٠/٥ ، التهذيب ٢٨٢/٧ ، الاستبصار ١٦٤/٣ .

٤) النهاية : ٤٥٢ .

وطئها. وبه قال ابن الجنيد والقاضي، واحتجوا برواية عمار عن الصادق عليه السلام[1].

وقال ابن ادريس[2] : لافرق في عدم التحريم بين أن يطأ قبل وطى الاب أوبعده. وتوقف العلامة في المختلف[3].

والاولى بناؤه على ما تقدم مـن عدم التوقف ، بل الفتوى بقول الشيخ ، للروايات الدالة على التحريم بالزنا السابق .

قوله : ولوزنا بالعمة اوالخالة حرمت عليه بناتهما

اللام في العمة والخالة عوض من الضمير ، أي بعمته وخالته كما في قوله تعالى « وأما من خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى * فان الجنة هي المأوى » أي مأواه .

اذا تقرر هذا فما ذكره المصنف مذهب الثلاثة وأتباعهم استناداً الى رواية ابى ايوب عن الصادق عليه السلام قال : سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع أيتزوج بنتها؟ قال: لا. قال : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون ذلك . قال : كذب[4] .

ولم نسمع من غيرهم خلافاً لذلك الا عن ابن ادريس[5] فانه قال بالاباحة مستدلا بما حاصله وخلاصته أصالة عدم التحريم، ولادليل عليه من كتاب أوسنة أو عقل وهو ظاهر ، فان كان عليه اجماع فهـو الحجة ولا مخالفة فيـه ، لكن

---

١) التى مرت آنفاً .

٢) السرائر : ٢٨٧ .

٣) المختلف ٢ / ٧٦ .

٤) التهذيب ٧ / ٣١١ ، الكافى ٥ / ٤١٧، وفى آخر الحديث بينهما اختلاف ، ففى الكافى : قلت : انه لم يكن أفضى اليها انما كان شيء دون شيء . فقال: لايصدق ولا كرامة .

٥) السرائر : ٢٨٨ .

لاجماع لان القائل معلوم باسمه ونسبه فلا نعلم دخول المعصوم في جملتهم فلايكون حجة .

قال العلامة[1] : هذا يدل على توقفه فيه ، لانه قال : ان كان عليه اجماع .

والحق انه لم يتوقف ، لانه رددفيه أولا ثم اختارأنه لااجماع ثم بينه على مقتضى المذهب .

ثم ان العلامة توقف في هذا الحكم مع حكمه واختياره في المختلف نشر حرمة المصاهرة بالزنا . وهوعجيب، فان هذا من جزئيات ذلك الحكم الكلي مع ثبوت خصوصيةالعمة والخالة لكونهما من المحارم، فان لم يكن لهما تأثير في قوة التحريم فلاأقل من أن لايكون لها تأثير في ضعفه .

وأما نفي ابن ادريس الاجماع النطقي فمسلم لكن السكوتي حاصل، فان بعض الاصحاب أفتى بالتحريم وبعض سكت ، والاجماع السكوتي[2] وان لم يكن حجة لكنه صالح للترجيح مع الرواية الواردة بذلك الحكم .

ولايستبعدكون عظم الذنب موجباً للتحريم كما في العاقد في العدة والاحرام مع العلم[3] [والوطء] فانه موجب للتحريم المؤبد، قال تعالى « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم »[4].

---

١) المختلف ٢/ ٧٦ .

٢) ذكره العلامة فى نهاية الاصول فى الفصل الثالث من بحث الاجماع وقال: اذا قال بعض اهل العصرقولان وكان الباقون حاضرين لكنهم سكتوا ولم ينكروا فيه ، اختلف الناس فى ذلك، فقال الشافعى وجماعة من الفقهاء وداود الظاهرى والسيد المرتضى وجماعة من الحنفية وابوعبدالله البصرى انه ليس باجماع ولاحجة وهوالحق، وقال ابوعلى الجبائى وجماعة من الفقهاء وبعض الشافعية انه اجماع وحجة .

٣) فى الهامش : صوابه « مع العلم اوالجهل والوطء » .

٤) سورة النساء : ١٦٠ .

وأمااللمس والنظر بمالا يجوزلغيرالمالك فمنهم نشربهالحرمة على أب اللامس والناظر وولده .

ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب . والوجه الكراهية فى ذلك كله .

ولايتعدى التحريم الى أم الملموسة والمنظورة ولابنتيهما .

قوله : واما اللمس والنظر بما لا يجوز لغير المالك فمنهم من نشربه الحرمة علىاب اللامس والناظروولده، ومنهم من خص التحريم بمنظورة الاب، والوجه الكراهية فى ذلك كله، ولايتعدى التحريمالى ام الملموسة والمنظورة ولابنتهما

تنقيح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) المراد باللمس والنظر المذكورين هوأن يكون للفرج، أي يلمس الفرج بشهوة أوينظره بشهوة أويقبل بشهوة أيضاً ، فلونظرالوجه أوالكفين وان كان بشهوةأونظرالفرج لعلاج أولحاجة أوبغيرقصدأوقبل لابشهوة بلرأفة [رقة ن] ورحمة لم يكن ذلك كله موجباً للتحريم اجماعاً.

(الثانية) اختلف في المنظورة أوالملموسة المذكورتين اذا حصل ذلك عن الاب أوالابن كل الى مملوكته هل يكون ذلك موجباً للتحريم على الاخر أم لا ؟ قال الشيخ[1] واتباعه نعم، واختاره العلامة فيالمختلف[2] محتجاً بوجوه:

(الاول) قوله تعالى « وحلائل ابنائكم »[3] رخرج الملكالمجرد عن الوطىء والنظرواللمس والقبلة اجماعاً فيبقى الباقي على عمومه .

---

١) النهاية : ٤٥١ .

٢) المختلف ٢ /٧٦ .

٣) سورة النساء : ٢٣ .

وفيه نظر، بمنع صدق الحلائل على المملوكة، لان المتبادر هو المعقود عليها.

(الثاني) أن النظر واللمس بشهوة أقوى في نشر الحرمة من العقد المجرد، وقد ثبت التحريم مع العقد المذكور فيثبت معهما، وهو المطلوب.

وفيه أيضاً نظر، لانه قياس، مع أنا نمنع الاولوية المذكورة.

(الثالث) رواية محمد بن اسماعيل بن بزيع صحيحاً عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟ فقال: بشهوة. قلت: نعم. فقال: ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة. ثم قال ابتداء منه: ان جردها ونظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه. قلت: اذا نظر الى جسدها. فقال: اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه[1].

(الرابع) رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: اذا جرد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلاتحل لابنه[2]. وقال ابن ادريس[3] لاتحرم على أحدهما لو نظر الاخر أولمس، واختاره المصنف والعلامة في القواعد[4]، لاصالة الحل وعموم «وأحل لكم ما وراء ذلكم»[5] و«ما طاب لكم من النساء» «اوملكت ايمانكم»[6].

وفيه نظر، لان الاصل يعدل عنه للدليل وقد بيناه، والعام يخص بغيره وقد

---

١) الكافي ٥/٤١٨، التهذيب ٧/٢٨١.

٢) الكافي ٥/٤١٩، التهذيب ٧/٢٨٢.

٣) السرائر: ٢٨٧.

٤) القواعد، الفصل الثاني من القسم الثاني من الباب الثاني من كتاب النكاح.

٥) سورة النساء: ٢٤.

٦) سورة النساء: ٣.

رويناه . وقال المفيد[1] التحريم على ابن الناظر دون أبيه ، وقول الشيخ احوط .

(الثالثة) النظر أو اللمس أو القبلة المذكورات هل تحرم بنت المعقود عليها أو أمها أو بنت المملوكة أو أمها أم لا ؟ قال ابن الجنيد به والشيخ في الخلاف[2] محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ان الله لا ينظر الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها[3].

والحق خلافه، لقوله تعالى «فان لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم»[4] والمذكورات ليست دخولا .

هذا في البنت وأما الام فلعدم القائل بالفرق .

(الرابعة) النظر المذكور أو اللمس بالشهوة هل يحرم البنت أو الام ؟ قال الشيخ في الخلاف[5] نعم ، والحق عدمه للاصل .

(الخامسة) النظر واللمس المذكوران للاجنبية عمداً هل يحرمهما كل من لم يحرم بالزنا لم يحرم بهما، ومن حرم به سابقاً اختلفوا على قولين، والاقوى العدم للاصل .

---

١) المقنعة : ٧٨ .

٢) الخلاف ٢ /٣٨١ .

٣) رواها في الخلاف مع رواية اخرى وهي : وقال صلى الله عليه وآله وسلم : من كشف قناع امرأة حرمت عليه امها وبنتها .

٤) سورة النساء :٢٣.

٥) قال فيه: اذانظر الى فرجها تعلق به تحريم المصاهرة. وقال في المسألة السابقة على هذه : اللمس بشهوة مثل القبلة واللمس اذا كان مباحاً او بشبهة ينشر التحريم وتحرم الام وان علت والبنت وان نزلت .

ويلحق بهذا الباب مسائل .

(الاولى) لوملك أختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى .

ولووطىء الثانية أثم ولم تحرم الاولى .

واضطربت الروايـة ، ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن الملك لاللعود .

وفي أخرى : ان كان جاهلا لم تحرم، وان كان عالماً حرمتا عليـه .

قوله : لوملك اختين فوطىء واحدة حرمت الاخرى ، ولو وطىء الثانية اثم ولـم تحرم الاولى عليه ، واضطربت الرواية ففي بعضها تحرم الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه لاللعود، وفي الاخرى ان كان جاهلا لم تحرم وان كان عالماً حرمتا

ما صدر المسألة به وجعله فتياه هومذهب ابن ادريس[1] ، أما تحريم الثانية فلجمعه بين الأختين، وأما عدم تحريم الاولى وطىء الثانية فلسبق الحل وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحرم الحرام الحلال[2].

وأما الرواية المشار اليها بالاضطراب فهي عن الحلبي حسناً وابى الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام[3] ، ومثلها رواية علي بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام[4].

---

١) السرائر : ٢٩٠ .

٢) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٣) الروايتان في التهذيب ٢٩٠/٧ ، الكافي ٤٣٢/٥

٤) التهذيب ٢٩٠/٧ ، الكافي ٤٣٢/٥ .

وأفتـى بمضمونها الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة ، واختاره العلامة في المختلف[2] وقال : لاامتناع في اقتضاء وطى الثانية تحريم الاولى، واذا وجدت الرواية الخالية عن المعارض بذلك وجب الحكم بها .

وأما الرواية الثانية المقتضية لعدم تحريم الاولى مع جهله وتحريمهما معاً مع علمه فهي رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام . قال الشيخ معنى حرمتا جميعاً ، أي مادامتا فيملكه ، فاذا زال ملك احداهما فقد حلت الاخرى .

وهنا فوائد :

(الاولى) على قول ابن ادريس والمصنف يـزول تحريم الثانية بخروج الاولى عن ملكـه أوموتها ، سواء أخرجها للعود الى الثانية أولا ، عالماً كان أوجاهلا .

(الثانية) على قول الشيخ بتحريم الاولى حتى تخرج الثانية عن ملكه يكفي اما البيع أو الهبة أو غيرهما من المملكات .

(الثالثة) هل يكفي رهنها أوتزويجها أو كتابتها كتـابة مطلقة أم لا ؟ نص العلامة في التحرير على الاكتفاء بالكتابة دون الرهن ، واستشكله في القواعد[3] من حيث تقييد النص بالخروج عن الملك ، قال أمير المؤمنين عليه السلام: من وطىء احدى الاختين فلا يطأ الاخرى حتى تخرج الاولى عن ملكه . والفرض هنا عدم الخروج فلا يزول التحريم والا لم تكن الغاية غاية، ومن أن المقصود تحريم الوطىء وقد حصل .

وجزم في التذكرة أنه لايكفـي الرهن ، لان المنع فيه لحق المرتهن لا

---

١) النهاية : ٤٥٥ .

٢) المختلف ٧٨/٢ .

٣) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الثاني في التحريم غير المؤبد .

(الثانية) يكره أن يعقد الحر على الأمة ، وقيـل : يحرم الامن يعدم الطول ويخشى العنت .

لتحريمها ولهذا يحل له مع اذنه ، ولانه يقدر على فكها بأداء الدين متى شاء بخلاف التزويج والكتابة فانه لايقدر معهما على زوال المنع .

(الرابعة) الاحكام المذكورة تابعة لوطىء الاولى لاغير ذلك من التقبيل بشهوة أولمس الفرج بشهوة أونظره كذلك .

(الخامسة) لووطىء أمته جازله أن يتزوج بأختها فتحرم الموطوءة مادامت الثانية زوجة ، ولا يشترط في اباحة نكاحها خروج الموطوءة عن ملكه لان النكاح أقوى من الوطى بالملك ، فمع اجتماعهما فالحكم للاقوى سواء كان النكاح لاحقاً كما قلنا أوسابقاً ، فيجوز أن يشتري الأخت بعده لكن لايطأها .

قوله: يكره ان يعقد الحر على الامة وقيل يحرم الا ان يعدم الطول[1] ويخشى العنت

الاول قول الشيخ[2] في النهاية والتهذيب والاستبصار ، لاصالة الاباحة . والثاني قوله في الخلاف[3] والمبسوط والمفيد في المقنعة[4] وابن ابى عقيل ، لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما

---

١) الطول بفتح الطاء وسكون الواو : الغنى والسعة . والعنت : قال ابـن فارس : والعنت فى قوله تعالى «لمن خشي العنت منكم» الزنا وقال الازهرى نزلت فيمن لايستطيع طولا اى فضل ما ينكح به حرة فله ان ينكح الامة . وتعنته : ادخل عليه الأذى ، واعنته : اوقعه فى العنت وفيما يشق عليه تحمله .

٢) النهاية : ٤٧٦ ، التهذيب ٧ / ٣٣٤ .

٣) الخلاف ٢ / ٣٨٣ ، المبسوط ٤ / ٢١٤ .

٤) المقنعة : ٧٨ .

ملكت ايمانكم» الى قوله «ذلك لمن خشي العنت منكم»[1] جعل عدم الاستطاعة وخوف العنت شرطين في اباحة نكاحهن، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ولرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال: لابأس اذا اضطر اليها[2]، ومثله رواية محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام [3].

وأجيب بمنع الدلالة الا من حيث الخطاب وليس بحجة، وعلى تقدير حجتيه فهو أعم من التحريم والكراهية، وتترجح الكراهية باطلاق «ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم»[4].

وهنا فوائد:

(الاولى) الطول لغة السعة، وشرعاً مهر الحرة ونفقتها ووجودها وامكان وطئها قبلا. و«العنت» لغة المشقة الشديدة، وشرعاً الزنا، لانه سبب المشقة بالحد في الدنيا والعقاب في الاخرة. وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى.

(الثانية) يقبل قوله في حصول المشقة وعدم الطول، ولو كان بيده مال وادعى أنه ليس له او أن عليه ديناً يستغرقه قبل أيضاً.

(الثالثة) لو تجدد أحد الشرطين أوهما لم يرتفع النكاح السابق ولو كان العقد خاصة من دون الوطى، وكذا له الرجعة في الرجعية.

(الرابعة) تظهر فائدة الخلاف أنه مع حصول الشرطين معاً تجوز الواحدة قطعاً، وعلى التحريم تحرم الثانية، لانتفاء احد الشرطين، وعلى الكراهية تكره، وأما الثالثة فلا خلاف في تحريمها.

---

١) سورة النساء: ٢٥.

٢) الكافى ٣٥٩/٥، التهذيب ٣٣٤/٧.

٣) التهذيب ٣٨٤/٧.

٤) سورة البقرة: ٢٢١.

(الثالثة) لايجوز للعبد أن يتزوج اكثر من حرتين، أوحرة وامتين أوأربع اماء.

(الرابعة) لايجوز نكاح الامة على الحرة الاباذنها.

ولوبادر كان العقد باطلا.

وقيل: كان للحرة الخيرة بين اجازته وفسخه.

وفى رواية: لها أن تفسخ عقد نفسها وفى الرواية ضعف.

(الخامسة) مع حصول الشرطين تباح الواحدة اجماعاً، والترك أفضل لقوله تعالى «وان تصبروا خير لكم»[1].

(السادسة) لوتزوج اثنتين دفعة جازعلى القول بالكراهية، وعلى التحريم قال الشيخ في النهاية والقاضي وابن الجنيد يتخير واحدة، كما لوجمع بين الاختين أوالخمس في عقد. وقال ابن حمزة وابن ادريس يبطل للنهي عنه. والاقوى البطلان على القول في التحريم، لاستحالة الترجيح بغير مرجح.

قوله: لايجوز نكاح الامة على الحرة الا باذنها ولو بادر كان العقد باطلا، وقيل كان للحرة الخيرة بين اجازته وفسخه، وفى رواية لها ان تفسخ عقد نفسها وفى الرواية ضعف

الأول قول الشيخ في المبسوط والخلاف[2] وابن ابى عقيل وابن الجنيد، واختاره ابن ادريس[3] والمصنف، لرواية الحلبى في الحسن عن الصادق عليه السلام[4].

---

١) سورة النساء: ٢٥.

٢) المبسوط ٢١٤/٤، الخلاف ٣٨٣/٢.

٣) السرائر: ٢٩٢.

٤) الكافى ٣٥٩/٥، التهذيب ٣٤٤/٧.

وكذا رواية حذيفة بن منصور عنه عليه السلام أيضاً قال : يفرق بينهما . قال : قلت عليه أدب ؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر[1] .

والثاني قوله في النهاية[2] والمفيد والقاضي وسلاروابن حمزة ، وهي رواية سماعة[3]. وهي وان ضعفت بسماعة لكن ذلك مؤيد بأصالة صحة العقد لصدوره من أهله، ولا يقتضي لعدم صحته الاعدم الرضا، للاجماع على أنه لوسبق الرضا صح فكذا مع تأخره كعقد الفضولي ، والنهي في غير العبادة لايقتضي الفساد. واختار السعيد الاول والشهيد الثاني[4] .

وأما الرواية المشار اليها بأن لها فسخ عقد نفسها فهي عن سماعة ، وهي مع ضعفها منافية للنظر بصحة عقدها ولزومه شرعاً فيحكم ببقاء العصمة عملا بالاستصحاب .

ويتفرع هنا فروع :

(الاول) على القول بالبطلان لورضيت بعده لايكفي العقد السابق بل يفتقر الى عقد جديد للاية .

(الثاني) على قول الشيخ اذا فسخت الحرة نكاح الامة لاتفتقر الى طلاق بل تبين بالفسخ .

(الثالث) على القول بأن للحرة فسخ عقدنفسها اذا فسخته تبين بغيرطلاق.

---

١) التهذيب ٣٤٤/٧ ، الاستبصار ٢٠٩/٣ .

٢) النهاية : ٤٥٩ ، المقنعة : ٧٨ .

٣) الكافي ٣٥٩/٥ ، التهذيب ٣٤٥/٧ .

٤) ايضاح الفوائد ٩٠/٣ ، وراجع شرح اللمعة ٧٠/٢ .

ولوأدخل الحرة على الامة جاز .

وللحرة الخيار ان لم تعلم ، ان كانت الامة زوجة .

ولوجمع بينهما فى عقد صح عقد الحرة دون الامة .

قوله : واذا ادخل الحرة على الأمة جاز وللحرة الخيار ان لم تعلم

هنا مسألتان :

(الاولى) أنه مع الادخال المذكور لايبطل عقد الامة ولا الحرة . وهو اجماع منا ومن الفقهاء الا ابن حنبل ، فانه أبطل عقد الامة .

واحتج الشيخ[1] على ماقلنا في النهاية والخلاف بما روي عن علي عليه السلام وابن عباس : اذا تزوج بأمة ثم تزوج بحرة بعد ذلك فلا يبطل نكاح الامة .

(الثانية) اذا لم تعلم الحرة بأن عنده أمة بالعقد كان لها الخيار بين الصبر وبين الاعتزال . وقال في كتبه الا الخلاف فانه فيه خيرها بين ثلاثة أمور : الاجازة ، وفسخ عقد نفسها ، وفسخ عقد الأمة .

وجعله ابن حمزة رواية ، ومنعه ابن ادريس بل خيرها بين الاولين فقط . وهو الصحيح ، وتدل عليه بعد الاجماع رواية يحيى بن الأزرق عن الصادق عليه السلام[2].

قوله : ولوجمع بينهما فى عقد صح عقد الحرة دون الامة

هذا قول الشيخ[3] ، ومستنده رواية ابى عبيدة الصحيحة عن الباقر عليه

---

١) النهاية : ٤٥٩ ، الخلاف ٢ /٣٨٤ . والخبررواه فى الخلاف .

٢) التهذيب ٧ /٣٤٥ .

٣) النهاية : ٤٥٩ .

(الخامسة) لايحل العقد على ذات البعل ولاتحرم به .

نعم لوزنى بها حرمت ، وكذا فى الرجعية خاصة .

(السادسة) من تزوج امرأة فى عدتها جاهلا ، فالعقد فاسد .

ولودخل حرمت أبداً ولحق به الولد ولها المهربوطء الشبهة .

وتتم العدة للاول وتستأنف أخرى للثانى ، وقيل : تجزى عدة واحدة .

ولو كان عالماً حرمت بالعقد .

السلام[1] . واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، وقال في المختلف[2] للحرة الخيار في فسخ عقد الامة وامضائه . والاقرب أنه لها فسخ عقد نفسها هنا ، لان العقد واحد وقع متزلزلا ولا اولوية . وقال في القواعد[3] صح عقد الحـرة وكان عقد الامة موقوفاً أو باطلا .

قوله : من تزوج امـرأة فى عدتها جاهلا فالعقد فاسد ، ولـو دخل حرمت ابداً ولحق به الولد ولها المهر بوطى الشبهة ، وتتم العـدة للاول وتستأنف أخرى للثانى ، وقيل تجزى عدة واحدة ولوكان عالماً حرمت بالعقد

ما اختاره من الاتمام والاستيناف قول الشيخ في النهاية[4] لرواية الحلبى عن الصـادق عليه السلام قال : سألته عن المـرأة يمـوت عنها زوجها فتضع

١) الفقيه ٢٦٦/٣ ، التهذيب ٣٤٥/٧ .

٢) المختلف ٨١/٢ .

٣) القواعد ، المقصد الثانى فى التحريم غيرالمؤبد .

٤) النهاية : ٤٥٣ .

وتزوج قبل أن يمضي لها أربعة أشهر وعشر. فقال: اذاكان دخل بها فرق بينهما ثم لاتحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الاول .الى أن قال : وهوخاطب من الخطاب[1].

قيل : وفيه نظر ، لان قوله « بما بقي » صريح في الاكتفاء بواحدة ، وان جعلت الباء بمعنى مع وقدر متعلق آخر لاعتدت كان على خلاف الاصل فلا يصار اليه .

قلت : لم لايجوز أن يكون قوله « واعتدت » امراً بالاعتداد ولا يفتقرالى تقدير وتكون الباء بمعنى مع ، أي اعتدت مع مابقي . والنظر اقتضى ذلك ، لان عدة الاول لابد منها لوجود سببها[2] المعين ، وعدة الثاني لابد منها أيضاً لانها نتيجة وطى شبهة ، ومع تغاير الاسباب يتغاير المسبب .

وأما الاكتفاء بواحدة فلا أعلم القائل به لكنه في رواية زرارة عن الباقر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها . فقال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً[3].

وهي غير صريحة بالمدعى ، لانه لم يذكرفيها أنه دخل بها الذي هو محل الحكم ، وحينئذ جاز أن يكون غير مدخول بها ولا شك أن تلك لاعدة عليها .

نعم يمكن ان يحتج لهذا القول بأن حكم العدة استبراء الرحم، وهويحصل باتمام العدة .

وفيه نظر من وجهين : الاول أن ذلك الغرض لايتم فيمن تعتد بالاشهر

---

١) التهذيب ٧/٣٠٦ ، الكافى ٥/٤٢٧ ، الاستبصار ٣/١٨٦ واللفظ للاول .

٢) فى بعض النسخ : نسبتها .

٣) التهذيب ٧/٣٠٨ ، الاستبصار ٣/١٨٨ .

كالمسترابة . الثاني لو دخل بها وقد بقي يوم واحد فان العلم بالاستبراء لايتم بالاتمام المذكور لجواز العلوق من الثاني .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو عقد عالماً بالتحريم حرمت أبداً ولاعدة ولو دخل ، اذ هو زان والزنا لاحرمة له[1] .

(الثانية) لو عقد على ذات البعل هل حكمه كالمعتدة فيما تقدم من التحريم المؤبد أم لا ؟ قال المصنف لا ، وقد اشار اليه في المسألة السابقة . واستشكله العلامة من عدم التنصيص وأصالة الحل ومن أولوية الحكم ، لان ذات البعل أشد محذوراً فيكون التحريم أولى. واختار السعيد[2] الاقتصار على محل النص، وهو أولى .

(الثالثة) هل حكم وطيء الامة في زمان الاستبراء كما في العدة ؟ اشكال من أنه عدة للامة فيكون كالعدة، ومن اختصاصه باسم لم يتناوله النص والاصل عدم التحريم ، ولان وصف السببية الشرعية لاتثبت الا بالنص لاغير فيقتصر على محله . وهو اختيار السعيد[3] .

قوله : ولو تزوج محرماً عالماً حرمت وان لم يدخل، ولو كان جاهلا

١) قال ابن فهد فى المهذب : (فرع) لو عقد جاهلا فى العدة ووطىء بعد خروجها لم يحرم لان الحكم فى الجاهل متعلق بالوطى لا العقد وقد حصل بعد العدة وحينئذ لافرق بين ان تتجدد له العلم بعد العدة اوقبلها اذا كان الوطى بعد العدة .

٢) ايضاح الفوائد ٦٩/٣ .

٣) ايضاح الفوائد ٧٠/٣ .

فسد ولم تحرم ولو دخل

أما الاول : فاجماع الاصحاب عليه ، وتـؤيده رواية زرارة عن الصادق عليه السلام[1] .

وأما الثاني : وهو عدم التحريم مع الدخول والجهل فأطلق في النهاية[2] عدم التحريم مع الجهل ولم يفصل بين الدخول وعدمه، وتبعه القاضي، وأطلق الصدوق[3] التحريم المؤبد ولم يفصل الى العالم والجاهل ولا الدخول وعدمه، وكذا المفيد[4] لم يتعرض للجاهل بعد الحكم بالتحريم المؤبد مع العلم .

ورواية زرارة المذكورة تدل بمفهومها على ماقاله المصنف ، لانه قال : والمحرم اذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لاتحل له أبـداً . وقال الشيخ في الخلاف[5] انها تحرم مع الدخول والجهل ، واختاره ابن ادريس[6] . وهوغير بعيد، لما عرفت أن الاحتياط للفروج أولى ، ودلالة المفهوم ضعيفة .

---

١) الكافي ٤٢٦/٥ ، الوسائل ٣٧٨/١٤ .

٢) النهاية ٤٥٣، قال فيه : فان لم يكن عالماً بذلك فرق بينهما فاذا احلا وارادا ان يستأنفا العقد فعلا وليس عليهما شيء.

٣) المقنع : ١٠٩ ، قال فيه : واذا تزوج في احرامه فرق بينهما ولايحل له ابداً .

٤) المقنعة: ٧٨ ، قال فيه : ومن عقد على امرأة وهومحرم مع العلم بالنهي عن ذلك فرق بينهما ولم تحل له ابداً .

٥) الخلاف ٣٨٦/٢ .

٦) السرائر : ١٣٥ ، قال فيه : من تزوج امرأة وهو محرم فرق بينهما ولم تحل له ابداً سواء كان قد دخل بها اولم يدخل اذا كان عالماً بتحريم ذلك عليه فان لم يكن عالماً به جازله ان يعقد عليها بعد الاحلال . انتهى .

أقول : قوله رحمه الله « في صورة الجهل » مطلق ولم يقيده بعدم الدخول .

(السابعة) من لاط بغلام فـأوقبه حرمت عليه أم الغلام وبنته وأخته .

قوله : من لاط بغلام فأوقبه حرمت عليه ام الغلام واخته وبنته هنا فوائد :

(الاولى) يقال : وقب الشيء يقب وقباً أي دخل ، ووقبت الشمس اذا غابت ودخلت موضعها ، ووقب الظلام دخل على النـاس ، ومنه قـوله تعالى « ومن شرغاسق اذا وقب »[1] ، وقال الحسن اذا دخل على النـاس . وأوقبت الشيء أدخلته فـي الوقبة . والمراد هنا ادخال الذكر ولو بعض الحشفة .

(الثانية) هذا الحكم اجماع من أصحابنا عليه تظافررواياتهم لم يوافقهم في ذلك أحد الا المزني فانه حرم البنت لاغير لانها بنت مدخول به .

(الثالثة) لوسبق العقد لم يحرم شيء من الثلاث ، وانما يحرمن مع تقدم الايقاب. وتحرم الأم وان علت والبنت وان نزلت ، لابنت الاخت لعدم تناول النص لها .

(الرابعة) لافرق بين من ينسب منهن بالنسب وبالرضاع لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع مايحرم من النسب[2] .

(الخامسة) لافرق بين كون المفعول به غـلاماً أورجلا ، أما الفاعل فهل يشترط بلوغه؟ يحتمل ذلك، لانه تكليف لقوله في النص « حرام على الموقب». ويحتمل العدم ، للعموم لان من في المجازاة والاستفهام كذلك .

وهو الاقرب ، لانه من الاسباب فهـو من باب الوضع ، ولهـذا لوزوجه

---

١) سورة الفلق : ٣ .

٢) الفقيه ٣٠٥/٣، الكافي ٤٣٩/٥، التهذيب ٣١٣/٧.

(السبب الرابع) في استبقاء العدد :

اذا استكمل الحر أربعاً بالغبطة حرم عليه مازاد .

ويحرم عليه من الا ماء ما زاد على اثنتين .

واذا استكمل العبد حرتين أو أربعاً من الا ماء غبطة حرم عليه مازاد .

ولكل منهما أن يضيف الى ذلك بالعقد المنقطع وبملك اليمين ما شاء .

واذا طلق واحدة من الاربع حرم عليه مازاد غبطة حتى يخرج من العدة أو تكون المطلقة بائنة .

وكذا لوطلق امرأة وأراد نكاح أختها .

ولوتزوجهما في عقد بطل وقيل : يتخير ، والرواية مقطوعة .

الولي فانه يحرم عليه أم زوجته ، بمعنى أنه يحرم على الولي انكاحه اياها وبعد البلوغ يتعلق به فحال الفعل وجد الاثر .

قوله : ولو تزوجها في عقد بطل ،وقيل يتخيروالرواية به مقطوعة

أما الاول وهو البطلان فهوقول ابن حمزة وابن ادريس[1] والمصنف والعلامة في القواعد[2] ، وأفتى به السعيد[3] والشهيد[4] وهو الحق ، لان العقد على كل واحدة تحرم لنكاح الاخرى ومبطل للعقد عليهما ، ونسبتهما اليهما واحدة فيلزم

---

١) السرائر: ٢٨٦ ، قال فيه: لانه عقد منهى عنه والنهي يدل على فساد المنهى عنه.

٢) القواعد ، المقصد الثاني في التحريم غيرالمؤبد.

٣) الايضاح ٨٥/٣ .

٤) راجع شرح اللمعة ٦٩/٢ .

بطلانه بالنسبة الى كل واحـدة منهما والالزم الترجيح بغير مرجح ، ولان أثر العقد الاباحة ، فلو أثر فامالهما أو لاحداهما بعينها أولا بعينها .

والكل باطل: أما الاولان فبالضرورة ، وأما الاخيرفلان الاباحة أمر معين فلايحل في محل غيرمبين فينفس الامر ، واذا لم يؤثرالعقد باطل ، لما عرف من معنى البطلان في الاصول .

والثاني قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن الجنيد ، لرواية محمد بن علي بن محبوب عن علي بن السندي عن ابن ابى عمير عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة. قال : هوبالخيار أن يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى[2] . وهى مقطوعة كما ترى .

واختاره العلامة فـي المختلف[3] محتجاً بأن المقتضي للاباحة ثابت وهو العقد ،اذالعقد عليهما عقد على كل واحدة منهما، والمعارض لايصلح للمعارضة لانه ليس الاانضمام العقد على الاخت الاخرى اليه لكن لايقتضي تحريم المباح كمالوجمع بين محرمة عيناً وأجنبية محللة عيناً في عقد واحد، اذ لافرق بينهما الا الاطلاق أوالتعيين . ولا اثرلهما في التحريم ، اذ فـيالتعيين تحرم واحدة معينة فيبطل العقد عليها وتحل اخرى معينة فيحل العقد عليها وفيالاطلاق تحل واحدة مطلقة وتحرم أخرى مطلقة وقد عقد عليهما معاً فقد خالف فيالعقد،اذلا وجود للكلي الا فى جزئياته .

وفيه نظر ، لانالانسلم أن العقد عليهما عقد على كل واحدة منهما ،لانه انما

---

١) النهاية : ٤٥٤ .

٢) الكافى ٤٣١/٥ ، التهذيب ٢٨٥/٧ .

٣) المختلف ٧٨/٢ .

يكون كذلك لو لم يكن العقد على كل منهما مشروطاً بانتفاء العقد على الاخرى واللازم باطل فكذا الملزوم ، وبيان الملازمة ظاهر .

وكذلك نقول في انتفاء المعارض ، فان الفرق حاصل بين انضمام الاجنبية المحللة الى المحرمة عيناً وبين انضمام الاخت ، فان العقد على الاجنبية ليس مشروطاً بانتفاء العقد على المحرمة عيناً . ولانسلم أيضاً أنه لا أثر للاطلاق والتعيين في التحريم ، ومستنده ما تقدم .

وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالجمع بين الاختين انما هو في العقد الواحد ، بأن تذكرا معاً في الايجاب فيقبل نكاحهما ، لا أن تذكر احداهما فيقبل ثم تذكر الاخرى فيقبل ثانياً ، فان ذلك ترتيب لا جمع .

(الثانية) لو رتب بينهما كما قلناه كان عقد الثانية باطلا قطعاً . وقال ابن الجنيد الترتيب يحصل بالخطبة واجابة الولي . وليس بشيء ، لعدم تمامية النكاح بالخطبة والاجابة .

(الثالثة) لو رتب كما قلناه فوطىء الثانية فرق بينه وبينها ولم تحرم الاولى . قال ابن ادريس[1] : وهو الذي يقتضيه أصول المذهب ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايحرم الحرام الحلال[2].

وقال الشيخ في النهاية[3] لايرجع الى الاولى حتى تخرج التي وطئها من عدتها ، وتبعه القاضي وابن حمزة .

وقال ابن الجنيد : لو تزوج بأخت امرأة وهو لا يعلم فرق بينهما ان كان لم يدخل بالثانية ، فان دخل بالاخيرة خير أيتهما شاء ولايقرب التي يختار حتى

---

١) راجع التعليقة السالفة من السرائر .

٢) التهذيب ٣٢٨/٧ ، الاستبصار ١٦٥/٣ .

٣) النهاية : ٤٥٤ .

تنقضي عدة التي فارق ، فان أحب العود الى التي فارقها لم يكن له أن يعقد حتى يفارق التي كانت في حباله ، اما بطلان بائن أوخلع تبين به عصمتها ثم لا يكون له عليها رجعة أوتموت .

وفيه نظر، لانه لاوجه للتخيير لتحقق عقد الاولى وتعلق النهي بعقد الثانية، لانه به يتحقق الجمع. وتؤيده رواية زرارة عن الباقر عليه السلام صحيحاً قال: سألته عن رجل تزوج امرأة بالعراق ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة أخرى فاذا هي أخت امرأته التي بالعراق . قال : يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام ولايقرب المرأة حتى تنقضي عدة الثانية[1].

قلت : لاشك أن العدة غيرمانعة لانها بائنة ، وحينئذ يحمل قوله « ولايقرب المرأة » الى آخره على أنه يكره له المقاربة .

(الرابعة) لواشتبه السابق منهما منع منهما معاً ، لان احداهما محرمة قطعاً فيجب اجتنابها ولايتم الاباجتنابهما ، ومالايتم الواجب الابه فهوواجب .

قال العلامة في القواعد[2] : والاقرب الزامه بطلاقهما ، ووجهه أن طلاقهما واجب ، لان حقوق الزوجية واجبة ويجب تحصيل براءة الذمة من الواجب ولايتم الابالطلاق فيكون واجباً ، وكل واجب يلـزم تاركه بايقاعه ، لان ذلك لطف. ويحتمل العدم ، لان طلاق المكره لايقع عندنا .

وفيه نظـر ، لان الاكراه الشرعي غيرمبطل ، ولايجب مواجهة كل منهما بالطلاق بل يكفي قوله « زوجتي منهما طالق » . ولاينافي ذلك اشتراطنا تعيين المطلقة ، لان ذكره كونها زوجته صفة معينة لها في نفس الامر ويجب عليهما معاً العدة ان كانتا غير آئستين ، ولا يعقـد على واحدة منهما الا بعد انقضاء العدتين .

---

١) الفقيه ٣/٢٦٤ ، التهذيب ٧/٢٨٥ ، الكافي ٥/٤٣١ .

٢) القواعد ، المقصد الثاني في التحريم غيرالمؤبد .

ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين فى عقد، فان سبق باحداهما صح دون اللاحقة ، وان قرن بينهما بطل فيهما . وقيل يتخير أيتهما شاء.

وفى رواية جميل لو تزوج خمساً فى عقد واحد يتخير أربعاً ويخلى باقيهن .

(الخامسة) لودخل بهما مع العلم من الثانية بالترتيب والتحريم فلامهرلها لانها بغي ، ومع جهلها بالعقد على اختها أوبتأخرها أوبتحريم الجمع فلها المهر .

قال الشيخ هوالمسمى في عقدها ، وقال العلامة مهرالمثل . وهوالاقوى ، اذ الفاسد لايستلزم شيئاً .

ومع اشتباه السبق والجهل منهما فان تساوى المسميان ومهرالمثل فلاكلام ومع اختلاف المسمى ومهرالمثل قدراً يحتمل القرعة أوالايقاف حتى يصطلحا ومع عدم الدخول وعلم الترتيب فلاشيء للثانية، ومع اشتباه الترتيب والطلاق احتمالان : « ١ » القرعة فيمن يستحق المهرمنهما لانه مشكل ، فمن خرجت القرعة عليها فلها نصف مهرها . « ٢ » أن مع اتفاق المهرين قدراً وجنساً يثبت لهما ربع المهرين تقتسمانه ، ومع اختلافهما اما القرعة أوقسمة ربع كل منهما بينهما أوايقافه حتى تصطلحا .

قوله : ولو كان معه ثلاث فتزوج اثنتين فى عقد فان سبق باحداهما صح دون اللاحقة ، وان قرن بينهما بطل فيهما ، وقيل يتخير ايتهما شاء ، وفى رواية جميل لوتزوج خمساً فى عقد واحد يتخير أربعاً ويخلى باقيهن

القائل بالبطلان أولا في الاختين قائل به هنا ، والقائل بالتخيير هناك قائل به أيضاً هنا، ورواية جميل رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن الحسن عن

واذا استكملت الحرة طلقات ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ولو كانت تحت عبد .

واذا استكملت الامة طلقتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره ، ولو كانت تحت حر .

والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبداً .

الحميري عن ايوب بن نوح وابراهيم بن هاشم ومحمد بن عبدالجبار عن محمد ابن ابى عمير عن جميل عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج أختين في عقدة واحدة قال: يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى. قال: فرجل تزوج خمساً في عقدة واحدة . قال : يخلي سبيل أيتهن شاء ويمسك الاربع[1].

وقد عرفت أن الاولى البطلان، ودليله تقدم .

بقي هنا فائدة لابد من التنبيه عليها ، وهي تصوير قوله « فان سبق باحداهما صح دون اللاحقة » كيف صورة السبق ؟ ذكر له أمثلة :

« ١ » ـ أن يكون العاقد وكيلا لاحدى الزوجتين فضولياً بالنسبة الى الاخرى وعقد عليهما عقداً واحداً، فان السابقة هي التي عقدها لازم عن وكالة وتبطل الاخرى .

«٢» ـ أن يكون العاقد وكيلا للزوج في واحدة بعينها منهما وزوجه الاخرى فضولا عنه في عقد واحد فعقد المأذون فيهما سابق .

« ٣ » ـ أن تكون احداهما صغيرة والاخرى كبيرة فيزوجها ولي الصغيرة فانه لازم في حقها فهو سابق وفضول في حق الكبيرة فهو لاحق .

قوله : والمطلقة تسعاً للعدة تحرم على المطلق أبداً

---

١) الفقيه ٢٦٥/٣ وليس فيه : ويمسك الاربع .

(السبب الخامس) اللعان. ويثبت بـه التحريم المؤبد . وكذا قذف الزو ج امرأته الصماء أو الخرساء بما يوجب اللعان .

(السبب السادس) الـكفر . ولا يجوز لـلمسلم أن ينكح غير الكتابية اجماعاً .

هنا فوائد :

(الاولى) هذه المسألة من خواص مذهبنا ولم يقل بهأحد من الفقهاء، ودليلنا على ذلك اجماع الاصحاب وتظافر رواياتهم .

(الثانية) طلاق العدة هو أن يطلق الزوج على الشرائط ثم يراجع في العدة فيطأ ثم يطلق في طهر آخر ثم يراجع في العدة ويطأ ثم يطلق الثالثة فينكحها بعدها رجل آخر ثم يطلقها وتنقضي العدة منه ويتزوجها الزوج الاول ثالثاً ويفعل كما فعل أولا ثم يطلقها الثانية فينكحها بعدها رجل آخر ثم يطلقها فتقضي عدتها فيتزوجها الزوج الاول ثالثاً ويفعل كفعله أولا وثانياً . فتحرم عليه حينئذ أبداً كما قلناه ، فالشرط حينئذ أن يطلقها تسعاً وينكحها بينها رجلان .

(الثالثة) نبه العلامة على أن التسمية هنا مجاز ، لان الثالثة من كل ثلاث لايحصل فيها المعنى المذكور وهو الرجعة في العدة والوطء . ثم المجاز يحتمل أن يكون من باب تسمية الشيء بمجاوره كقولهم « سال الميزاب » أو من تسمية الشيء بأكثر أجزائه .

وتظهر الفائدة فيما لو طلق الاولى للعدة والثانية للسنة. فالثالثة ليست للعدة حقيقة لما قلناه ولامجازاً لانتفاء المعنى الاول . وهو ظاهر ، وكذا الثاني ، اذ لا اكثرية هنا . ولو كانت الاولى للسنة والثانية للعدة فالثالثة على الاول للعدة للمجاورة .

وعلى الثاني قال العلامة الاقوى انها ليست للعدة ، لان النص انما ورد بتبعية الثالثة للاولتين، فالمعتبرهو للاكثرية ولا اكثرية. ولوقلنابالمجاورة فكذلك اذ لا اطراد في المجاز ،لما تقرر في الاصول لامتناع محله للحائط .

واختاره السعيد، لان بتبعية الطلقة لغيرها على خلاف الاصل، ولان الاصل الاباحة فالتحريم المؤبد على خلافه ، ولوجوب الاقتصار بالاسباب الشرعية على محل النص .

(الرابعة) التسع بالمعنى المذكورظاهرة الحكم في الحرة، أما الامة ففيها ثلاثة أوجه :

الاول ـ عدم التحريم المؤبد لابالتسع ولابأقل ولااكثر، لعدم تناول النص كما صورناه ، والقول بلانص تحكم .

الثاني ـ التحريم في السادسة ، لان كل طلقتين قائمة مقام ثلاث في الحرة فالست قائمة مقام التسع .

الثالث ـ التحريم في التسع ، لانه أولى ، لان محرم الامة أقل من محرم الحرة، ولان النص وردبصيغة العموم، والتقييد بأنه ينكحها بينها رجلان يتناول الحرة والامة، فانه اذا نكح الامة اكثر من رجلين بينها فقد نكحها رجلان ، اذ النص لم ينف الزيادة .

(الخامسة) على تقدير التحريم بالست ان قلنا ان التسمية للمجاورة فالست كافية وان قلنا لاعتبار الاكثرية هنا ، فالمعتبر حينئذ الست حقيقة لتعذر المجاز فتحصل في اثني عشرطلقة وعلى التحريم بالتسع والتسمية للاكثرية والفرض عدمها أوللمجاورة . والمجاز لايطرد فلايحصل في أقل من ثماني عشرة طلقة اذ المعتبر حينئذ الحقيقة ولاتحصل الا في العدد المذكور .

وفى الكتابية قولان ، أظهرهما : أ نه لايجوزغبطة ، ويجوز متعة ، وبالملك فى اليهودية والنصرانية .

قوله : وفى الكتابية قولان أظهرهما انـه لايجوز غبطة ويجوز متعة وبالملك

كثيراً يطلق المصنف وغيره فـي المسألة الخلافية أن فيها قولين وظاهره أقسام القولين للحكم في نفس الامرنفياً واثباتاً ، مع أنه قد تكون فـي المسألة أقوال. وكأن مرادهم بالقولين ما فوق القول الواحد كهذه المسألة ، فان فيها أقوالا :

(الاول) اباحة النكاح مطلقاً بسائر أنواعه ، وهوقول ابني بابويه[١] وابـن ابى عقيل، لظاهرقوله تعالى «وأحل لكم ما وراء ذلكم»[٢] وقوله « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم»[٣] .

ورواية ابى مريم الانصاري عن الباقرعليه السلام قال : كانت تحت طلحة يهودية[٤]، ومثله روى محمد بن مسلم عنه عليه السلام[٤]، ورواية معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قـال : ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل لحم الخنزير[٥].

(الثاني) التحريم مطلقاً ، وهوقول المرتضى والشيخ في كتابى الأخبار[٦]،

---

١) المقنع : ١٠٢ .

٢) سورة النساء : ٢٤ .

٣) سورة المائدة : ٥ .

٤) التهذيب ٢٩٨/٧ ، الاستبصار ١٧٩/٣ .

٥) الكافى ٣٥٦/٥ ، التهذيب ٢٩٨/٧ ، الفقيه ٢٥٧/٣ .

٦) التهذيب ٢٩٦/٧ ، الاستبصار ١٧٨/٣ .

وظاهرقوله في المبسوط[1] والخلاف ، فانه جعله مذهب المحصلين من أصحابنا وهو أحد قولي المفيد[2] وقواه ابن ادريس[3] ، واختاره السعيد[4] ونقله عن والده وهو الحق لوجوه :

« ١ » ـ انهن مشركات وكل مشركات نكاحهن حرام فنكاح اليهوديات والنصرانيات حرام : أما الصغرى فلقوله تعالى « وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله » الى قوله سبحانه « عمايشركون »[5] ، وأما الكبرى فلقوله تعالى «ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن»[6] ، والجمع المعرف بلام الجنس للعموم .

ان قلت : الصغرى ممنوعة ، اذ لا قائل اليوم من اليهود بذلك ، بل كان شرذمة وانقرضوا فلايتناول الحكم الموجودين اليوم .

قلت : الحجة في قوله تعالى لافي قولهم ، وقد أخبر الله تعالى عنهم بذلك اذالجمع المحلى باللام للعموم كما تقرر في الاصول. سلمنا لكن الحكم لحقهم جميعاً ، فان بعض القوم اذا صدرعنه خطيئة ولم ينكرعليه الباقون لحق الحكم الكل كقوم ثمود . سلمنا لكن الاجماع المركب دل على تحريم الجميع، فان

---

١) المبسوط ٤/٢٠٩ ، الخلاف ٢/٢٨٢ .

٢) المقنعة: ٧٩ قال فيه : وينكح بملك اليمين اليهودية والنصرانية ولايجوز له ذلك بعقد النكاح .

٣) السرائر: ٢٨٧ ، ٢٩١ وقال في الموضع الثاني : وقد قدمنا انه لايجوز للرجل المسلم ان يعقد على الكافرات على اختلافهن فان اضطرالى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية وذلك جائزعند الضرورة على ما روى في بعض الاخبار .

٤) ايضاح القوائد ٣/٢٢ .

٥) سورة التوبة : ٣٠ .

٦) سورة البقرة: ٢٢٠ .

كل من قال بتحريم نكاح القائلين بأن عزيراً ابن الله قال بتحريم نكاح باقي اليهود ، فالفرق خرق الاجماع .

« ٢ » ـ النكاح تمسك بعصمة وكل تمسك بكل واحدة واحدة من عصم الكوافر حرام، أما الصغرى فظاهر اذ بين الزوجين عصمة ، وأما الكبرى فلقوله تعالى « ولاتمسكوا بعصم الكوافر »[١] ، والجمع المضاف للعموم .

«٣» ـ ان النكاح مستلزم للمودة لقوله تعالى «وجعل بينكم مودة ورحمة»[٢] وكل مودة لكل كافر حرام لقوله تعالى « لاتجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حادالله ورسوله »[٣] الاية وقوله « لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم »[٤] منسوخ الحكم .

« ٤ » ـ اباحة الدوام اضطراراً والمتعة اختياراً ، وهو قول الشيخ في النهاية[٥] والقاضي وابن حمزة .

« ٥ » ـ جوازه بالملك لابالعقد مطلقاً ، وهو القول الاخر للمفيد[٦] .

« ٦ » ـ تحريم الدائم واباحة المنقطع وملك اليمين ، وهو قول التقي وسلار .

« ٧ » ـ تحريم نكاحهن مطلقاً اختياراً وجوازه مطلقاً اضطراراً ، قاله ابن الجنيد . وكأن مستند هذه الاقوال الجمع بين الروايات والايات، فانه قد تقرر في الاصول ان التخصيص خير من النسخ ، ونحن قد اخترنا في كنز العرفان في

---

١) سورة الممتحنة : ١٠ .
٢) سورة الروم : ٢٠ .
٣) سورة المجادلة : ٢٢ .
٤) سورة الممتحنة : ٨ .
٥) النهاية : ٤٥٧ .
٦) المقنعة : ٧٩ .

وفى المجوسية قولان ، أشبههما : الجواز .

فقه القرآن[1] حمل أدلة الاباحة على المنقطع والملك حال الضرورة .

ويجاب عن أدلة الشيخين مطلقاً بحمل الايات على ما تقدم، وحمل رواية ابى مريم ومحمد بن مسلم على جواز الوطىء اذاكان العقد حال الكفرثم يسلم الزوج فانه يبقى على نكاح الكتابية اجماعاً، وعليه يحمل كون طلحة في صحبة يهودية . ورواية معاوية محمولة على المتعة حال الضرورة الشديدة كما تباح الميتة للمضطر، وحينئذ الاولى وجوب العزل عنها لاندفاع الضرورة بذلك.

قوله : وفى المجوسية قولان اشبههما الجواز

كل من حرم نكاح الكتابيات مطلقاً حرم نكاح المجوسيات ، ومن أباحه على وجه اختلفوا على أقوال:

(الاول) قول المفيد[2] بالتحريم مطلقاً، وتبعه التقي وسلار وابن ادريس[3].

(الثاني) قول علي بن بابويه يجوز بالملك لابالعقد .

(الثالث) جوز الشيخ في النهاية[4] المتعة وملك اليمين .

(الرابع) كره القاضي المتعة والملك وحرم الدائم .

والحق التحريم مطلقاً، لتناول أدلة التحريم السالفة لهن، بل هنا أولى لعدم تحقق كتابهم .

وقول المصنف « أشبههما الجواز » فيه نظر ، لانـه ان أراد الجواز مطلقاً فانه ممنوع، اذ لادليل عليه ، لانهن مشركات قطعاً، وان أراد المتعة والملك كما

---

١) كنزالعرفان ١٩٨/٢، ١٩٩ .

٢) المقنعة ٧٩ ، قال فيه : ولايجوز وطى المجوسية والصابئة والوثنية على حال .

٣) السرائر : ٢٩١ .

٤) النهاية : ٤٥٧ ، قال فيه : ويكره لـه وطى المجوسية بملك اليمين وعقد المتعة وليس ذلك بمحظور .

تقدم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : سنوا بهم سنة أهل الكتاب[١] . فممنوع أيضاً ، لانه ان سلم صحة الحديث فعمومه ممنوع . هذا مع أنه قد ورد في بعض روايات الحديث المذكور « غيرناكحي نسائهم ولاآكلي ذبائحهم » .

وهنا فوائد :

(الاولى) لاشك أن السامرة يدعون أنهم من اليهود، فمنهم من أباح نكاحهم ومنهم من منع . والتحقيق أن نقول : ان خالفوا اليهود في أصول دينهم حرم نكاحهم قطعاً لانهم خرجوا عن أهل الكتابين ، وان خالفوهم في الفروع فهم منهم فيجوز منهم ما يجوز في اليهود .

(الثانية) الصابئون[٢] جمهورهم يقولون بوحدانية الصانع ، ومنهم من يجعل معه هيولى قديمة صنع منها العالم ، وكانت عندهم الاصل ويعتقدون في الفلك والكواكب الحياة والنطق وأنها مدبرة في هذا العالم، وعظموا الكواكب السبعة وعبدوها ، وسماها بعضهم ملائكة وجعلها بعضهم آلهة وبنوا لها بيوتاً للعبادة . وهؤلاء لاتحل مناكحتهم أيضاً وان قلنا بجوازها في الكتابيين، ولذلك قال الشيخان[٣] انهم غير النصارى ، لانهم يعبدون الكواكب السبعة[٤] . وقال بعضهم انها قبيلة من النصارى ولهذا يقرون على دينهم .

والتحقيق كما قلنا في السامرة من المخالفة في الاصول والفروع ، وطريق

---

١) الوسائل ١١/٩٧ ، ٩٨ .

٢) الصابئة بالصاد بعدها الالف وبعدها الباء المكسورة: قوم دينهم التعبد للروحانيات اى الملائكة وضد الحنفاء الذين دعوتهم الفطرة . ذكرهم ابن النديم في الفهرست مفصلا وذكر مذاهبهم وشرائعهم وعقائدهم من الاصول والفروع، فراجعه ص ٣٨٣ ودائرة معارف وجدى ٥/٤٢٦ .

٣) الخلاف ٢/٣٨٥ .

٤) الكواكب السبع: الشمس والقمر والمريخ والعطارد والمشترى والزهرة وزحل.

ولو ارتد أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال .

ولو كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدة ألا أن يكون الزوج مولوداً على الفطرة فانه لايقبل عوده وتعتد زوجته عدة الوفاة .

واذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه ، سواء كان قبل الدخول أو بعده .

ولو أسلمت زوجته دونه ، انفسخ في الحال ، ان كان قبل الدخول ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .

وقيل : ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقياً . ولا يمكن من الدخول عليها ليلا ، ولا من الخلوة بها نهاراً .

ذلك بسؤال علماء القبيلتين ويرجع اليهم في ذلك .

(الثالثة) من تهود بعد بعثة نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم لايقرولا يصح مناكحته اجماعاً، وهل الحكم كذلك بعد بعثة عيسى عليه السلام ؟ العلامة استشكله في القواعد[1] من الدخول في دين منسوخ بعد نسخه فلايقر ، ومن عموم النص باقرار اليهود على دينهم خرج من ذلك التهود بعد بعثة النبي صلى الله عليه وآله وسلم فيبقى الباقي على أصله . والحق الاول، لعموم قوله تعالى « ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلم يقبل منه »[2].

قوله: وقيل ان كان بشرائط الذمة كان نكاحه باقيا ولايمكن من الدخول عليها لبلا ولا من الخلوة[3] بها

---

١) القواعد ، الفصل الثالث في الكفر من المقصد الثاني من كتاب النكاح .

٢) سورة آل عمران : ٥٨ .

٣) في النهاية ٤٥٧ من الخلو بها، وفي المختصر النافع ط بمصر من الخلوة بها نهاراً.

هذا قول الشيخ في النهاية[1] مستنداً الى رواية جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام[2]، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[3]. وهوضعيف، لان الاولى مرسلة والثانية معارضة برواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل زوجها. فقال له علي عليه السلام: أتسلم ؟ قال: لافرق بينهما ثم قال: ان أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك وان انقضت قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب[4].

هذا مع أن ما اختاره المصنف من انفساخ النكاح مذهب الشيخ في الخلاف[5] والقاضي وابن ادريس[6] وغيرهم من المحققين، وهوالذي يقتضيه النظر :

أما أولا فلما تقدم من تحريم النكاح بين أهل الذمة والمسلمين كما بين أهل الشرك.

وأما ثانياً فلانه لولا الانفساخ لزم ثبوت السبيل للكافر على المسلم، وهو باطل لقوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»[7].

---

١) النهاية : ٤٥٧ .

٢) التهذيب ٧ / ٣٠٠ ، الاستبصار ١٨٣/١ .

٣) التهذيب ٣٠٢/٧ ، الكافي ٣٥٨/٥ ، الاستبصار ١٨٣/٣ .

٤) التهذيب ٣٠٤/٧ ، الاستبصار ١٨٢/٣ .

٥) الخلاف ٣٨٧/٢ قال فيه : فأيهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع الفسخ فى الحال وان كان بعده وقف على انقضاء العدة ، فان اسلما قبل انقضائها فهما على النكاح وان انقضت العدة انفسخ النكاح .

٦) السرائر : ٢٩١ .

٧) سورة النساء : ١٤١ .

وأما ثالثاً فلرواية البزنطي في الصحيح عن الصادق عليه السلام : الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : اذا أسلمت لم تحل له. قلت : جعلت فداك فان الزوج أسلم بعد ذلك أيكونان على النكاح قال : لا الابتزويج جديد[1].

ولابن ادريس[2] هنا تشنيع على قول الشيخ في النهاية[3] ممـا تضحك منه الثكلى ، فانها ان كانت زوجته فلايحل أن يمنع منها وان منع منها فلانفقة لها لعدم التمكين . وهذا جهل أوتجاهل منه ، لوجوه :

« ١ » ـ أن الشيخ عامل بخبر الواحد، والنهاية كتاب الروايات منها ما يعمل به ومنها مالايعمل به.

« ٢ » ـ ان ما قاله الشيخ ليس بمستبعد ، ولولا الروايات الاخر لما عدلنا عنه، لان العقد سبق اسلامها فلايستبعد جوازه، كما لو أسلم هو دونها. ولا مقتضى لبطلان العقد هنا سوى انتفاء السبيل للكافر على المسلمة ، فاذا حيل بينه وبينها على الوجه المذكور ارتفع المقتضي فيبقى العقد سالماً ، وليس سبيله عليها من لوازم صحة العقد حتى يرتفع العقد لارتفاع السبيل بـل هو حكم عارض له .

« ٣ » ـ قوله ان كانت زوجته فلايحل أن يمنع منها جهل ، فان كثيراً من الزوجات يمنع زوجها منها مع بقاء العقد، كما في الردة والعدة والحيض والاحرام والظهار والايلاء .

« ٤ » ـ ان قوله اذا منع منها فلانفقة لها لعدم التمكين جهل أيضاً ، لان المنع في الحقيقة اما من الزوج لتقصيره في نفسه بعدم الاسلام فلاتسقط النفقة

---

١) التهذيب ٧/ ٣٠٠ ، الاستبصار ٣/ ١٨١ .
٢) السرائر : ٢٩١ .
٣) النهاية : ٤٥٧ .

وغير الكتابيين يقف على انقضاء العدة باسلام أيهما اتفق .

ولو أسلم الذمي وعنده أربع فما دون لم يتخير .

ولو كان عنده أكثر من أربع تخير أربعاً .

وروى عمارعن أبي عبدالله عليه السلام: أن اباق العبيد بمنزلة الارتداد .

فان رجع والزوجة في العدة فهو أحق بها .

وان خرجت من العدة فلا سبيل له عليها ، وفي الرواية ضعف.

كزمان سفره ومرضه أومن الشارع كزمان الحيض فتجب النفقة. وبالجملة لوتأمل ابن ادريس كلامه لكان كلامه في حق الشيخ هو الذي تضحك منه الثكلى .

قوله: وروى عمارعن ابي عبدالله عليه السلام(١) ان اباق العبد بمنزلة الارتداد فان رجع والزوجة في العدة فهواحق بها وان خرجت من العدة فلاسبيل له عليها ، وفي الرواية ضعف

أفتى الشيخ في النهاية(٢) بذلك محتجاً بالرواية وبأن الارتداد هـو خروج العبد عن طاعة مولاه، وهذا المعنى حاصل في الابق، فانه كما يجب على الحر المكلف طاعةالله كذلك يجب على العبد طاعة سيده، فلااستبعاد في اتحاد الحكم لاتحاد علته .

وليس في الرواية ولافي فتوى الشيخ أن الزوجة أمة أوحرة بل هي مطلقة وقيد ابن حمزة بكونها أمة غيرسيده وتزوجها باذن السيدين ثم أبق ـ وساق الكلام الى آخره .

---

١) التهذيب ٨/٢٠٧ ، الفقيه٣/٢٨٨ .

٢) النهاية : ٤٩٨ .

مسائل سبع :

(الاولى) التساوى فى الاسلام شرط فى صحة العقد .

وهل يشترط التساوى فى الايمان ؟ الاظهر : لالكنه يستحب ويتأكد فى المؤمنة .

نعم لايصح نكاح الناصب ولا الناصبة بالعداوة لاهل البيت عليهم السلام .

وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه الاصل أن الزوجية باقية ونفقة العبد ثابتة على مولاه ، لعدم دليل قاطع على خلاف ذلك . وما قاله جيد وحجة الشيخ ضعيفة، فان عماراً فطحي ولا عمل على ماينفرد به مع مخالفته للاصل، ولانسلم أن الارتداد الشرعي هومخالفة طاعة المولى بل مخالفةطاعةالخالق، بل ولامخالفة الخالق مطلقاًبل مع اعتقاد المخالفة ، أما مع المخالفة والاعتراف بالخطيئة فلا. وليس مخالفة السيد كذلك والاولوجب قتل الابق كما يقتل المرتد وليس كذلك.

قوله: وهل يشترط التساوى فى الايمان؟ الاظهر لا لكنه يستحب ويتاكد فى الزوجة[1]

وذهب المفيد[2] الى أن المسلمين متكافئون، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه الاأن تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير[3] رواه عيسى بن عبدالله عن جده عن علي عليه السلام ، واختاره المصنف وجعل التساوي في الايمان أفضل خصوصاً من جهة الزوجة .

---

١) فى المختصر النافع المطبوع بمصر : « المؤمنة » بدل « الزوجة ».

٢) المقنعة : ٧٩ .

٣) التهذيب ٧/٣٩٤ .

وقال الشيخ[1] يشترط في تزويج المؤمنة ايمان الزوج، وتبعه القاضي وابن حمزة وابن ادريس[1] واختاره العلامة . وهو الاقوى لوجوه :

(الاول) انه لايؤمن أن يخدعها عن دينها، فان المرأة تأخذ من دين بعلها.

(الثاني) مارواه محمد بن يعقوب مرسلا عن الصادق عليه السلام ان رجلا قال للنبى صلى الله عليه وآله وسلم وهوعلى المنبر يحث الناس على تزويج البنات بقوله : هذا جبرئيل يقول لي : ان البنات كالثمر والثمر اذا أدرك ولم يقطف فسد ، والبنات اذا أدركن ولم يزوجن فسدن. فقال الرجل : يارسول الله ممن نزوج ؟ فقال : الاكفاء . قال : يارسول الله من الاكفاء؟ فقال : المؤمنون بعضهم اكفاء بعض[2]. دل بمفهومه على أن غير المؤمن ليس كفواً .

(الثالث) ان المخالف غيرمرضي دينه ، وكل زوج مرضي دينه كل زوج غيرمخالف : أما الصغرى فظاهرة والالم يكن مخالفاً ممقوتاً ، وأما الكبرى فللحديث المتقدم .

واعلم أن العلامة[3] جوزللمؤمن أن ينكح المرأة المخالفة ، وحينئذ لقائل أن يقول : اما أن يكون مجرد الخلاف مانعاً من التناكح كالشرك فليكن أيضاً كذلك عملا بالعلة فلايجوز حينئذ النكاح المذكور، أومع خوف الفتنة لضعف عقل المرأة وسرعة انخداعها للشبهة. فلقائل ان يقول: اذا فرضت المرأة عارفة قوية الاعتقاد جميلة محبوبة عند زوجها والزوج مستضعفاً لاعناد عنده فليكن نكاحه لها سائغاً عملا بانتفاء العلة .

---

١) النهاية : ٤٦٣ ، السرائر : ٢٩٥ ، القواعد : المطلب الرابع فى الكفاءة من الفصل الثانى من كتاب النكاح .

٢) الكافى ٣٣٧/٥ ، التهذيب ٣٩٧/٧ .

٣) القواعد ، المطلب الرابع فى الاكفاء من الفصل الثانى من كتاب النكاح .

ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة .

ولا يتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق .

قوله : ولا يشترط تمكن الزوج من النفقة، ولا تتخير الزوجة لو تجدد العجز عن الانفاق

هنا مسألتان :

(الاولى) اختلف في التمكن من النفقة على أقوال : « ١ » قول الشيخ فى المبسوط[١] أنه شرط ، « ٢ » قول النهاية[٢] وابن الجنيد والقاضي وابن حمزة والمصنف والعلامة[٣] انه غير شرط ، « ٣ » قول ابن ادريس[٤] أنه غير شرط لكن للمرأة الخيار مع عدم العلم بفقره ، واختاره العلامة في المختلف[٥] .

والاقوى الثاني ، لقوله تعالى «ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله»[٦] ولا فائدة في الاية مع اشتراط الغناء أو مع تسلط المرأة على الفسخ، ولعموم الحديثين المتقدمين ، فانه فسر الكفؤ بما تقدم ، ولا يجوز التعريف بالاعم بل بالمساوي.

(الثانية) اذا قلنا بأن اليسار بالنفقة شرط لا كلام في ثبوت الخيار للمرأة لو تجدد العجز. وأما اذا لم نقل به هل تتخير مع تجدد العجز أم لا ؟ نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا بثبوته، واختاره العلامة في المختلف ، لانه ضرر عظيم

١) المبسوط ١٧٩/٤، قال فيه : واليسار عندنا شرط وحده ما أمكنه معه القيام بنفقتها لا اكثر من ذلك .

٢) النهاية : ٣٦٣ .

٣) القواعد ، المطلب الرابع فى الاكفاء .

٤) السرائر : ٢٩٥ .

٥) المختلف ، الجزء الرابع : ٢٥ .

٦) سورة النور : ٣٢ .

ويجوز نكاح الحرة العبد، والهاشمية غير الهاشمي، والعربية العجمي وبالعكس.

على المرأة ولا سبيل لها الى زواله بدون الفسخ، فلولم يجعل لها الخيار لزم الاضرار، وهو منفي بالاجماع والخبر.

وقال المصنف والعلامة في القواعد بالعدم، لان النكاح عقد لازم والاصل البقاء، ولعموم قوله « وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة »[1].

ونقل المصنف عن بعض علمائنا أن الحاكم يبينها، لقوله تعالى « فامساك بمعروف أوتسريح باحسان »[2]، ومع تعذر الانفاق لايكون الامساك بمعروف فيتعين التسريح، فاذا تعذرصدوره من الرجل فسخ الحاكم لانه الولي، ولرواية ربعي والفضيل بن يسار جميعاً عن الصادق عليه السلام: ان أنفق عليها مايقيم حياتها مع كسوة والا فرق بينهما[3]. وليس هذا بعيداً من الصواب.

قوله: ويجوز نكاح الهاشمية غير الهاشمي

هذا هو المشهور عندنا، وعليه الاجماع اليوم وقبله من العصور. ويدل عليه مع الاجماع رواية معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زوج ضبيعة[4] بنت الزبير بن عبدالمطلب من المقداد

---

١) سورة البقرة: ٢٨٠.

٢) سورة البقرة: ٢٢٩.

٣) الوسائل، الباب الأول من ابواب النفقات.

٤) وهي: ضباعة بنت الزبير بن عبدالمطلب بنت عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ذكرها ابن الاثير الجزري في اسد الغابة ٥/٤٩٥ وقال بعدسرد نسبها ما لفظه: القرشية الهاشمية ابنة عم النبي صلى الله عليه وآله وسلم، كانت زوج المقداد بن عمروفولدت له عبدالله

واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان اخفض نسباً ، وان منعه الولى كان عاصياً .

ابن عمرو فتكلمت في ذلك بنوهاشم فقال : انما أردت أن تتضع المناكح[1].
وعموم الكتاب أيضاً يدل عليه .

ويظهر من كلام ابن الجنيد المنع من ذلك ، وليس بشيء .

قوله: واذا خطب المؤمن القادر على النفقة وجب اجابته وان كان اخفض نسباً ، وان منعه الولى كان عاصياً

هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم الخلاف في شرطية الايمان والقدرة على النفقة في صحة النكاح ، واذا اتفق الايمان والقدرة فلا خلاف في وجوب الاجابة وحرمة الامتناع ، لكن مع العدالة أما مع الايمان والفسق فلا يجب الاجابة بل يكره .

(الثانية) لو كان مؤمناً عدلا قادراً لكنه أخفض نسباً الوجوب على حاله ، ويرجع في خفض النسب الى العرف ، اذلادلالة شرعية في ذلك الا في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : سادات العرب قريش وسادات قريش بنو هاشم . فيمكن حينئذ أن يراد بخفض النسب كونه غير قرشي ولا هاشمي والزوجة من أحد القبيلتين .

(الثالثة) في قوله « ولومنعه الولي كان عاصياً » مطلقاً نظر، لانه انما يكون عاصياً مع انحصارالكفو في الخاطب ، أما على تقدير مماثل له أو للعدول الى

وكريمة ، قتل عبدالله يوم الجمل مع عائشة . ثم ذكرعنها باسناد عن رسول الله صلى الله عليه وآله كيفية التلبية في الحج . انتهى .

١) التهذيب ٧/٣٩٥ .

ويكره أن يزوج لفاسق ، ويتأكد في شارب الخمر ، وان تزوج المؤمنة المخالف .

ولا بأس بالمستضعف والمستضعفة ومن لا يعرف بعناد .

(الثاني) اذاانتسب الى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح .

الافضل مع وجوده فلا يكون عاصياً . وينبغي أن يكون المراد بالولي هنا أعم من الاب والجد له بل كل من رأيها منوط باختياره لمزيد عقل ودين ومعرفة بالامور.

(الرابعة) يظهر من كلام التقي أنها اذا وضعت نفسها في غير موضعها أو عقدت على غير كفو فلابيها وجدها فسخ العقد وان كانت ثيباً .

وفيه نظر ، لانه ان أراد بالوضع في غير موضعها بمعنى أن الرجل أدون نسباً فلا نسلم أن للولي الخيار حينئذ، لما قلنا من جواز نكاح أدنى نسب ، وان أراد بجواز الفسخ لكونه بغير رضاه فهو مسلم في الصغيرة وغير الرشيدة لا في الثيب فلا يتم .

قوله : وان كانت ثيباً . وكذا قوله : اوعقدت على غير كفو .

ان أراد الكفو الشرعي فالعقد على غيره باطل لايحتاج الى فسخ الولي ، وان أراد الكفو العرفي فلا نسلم أن له الفسخ كما تقدم .

قوله : واذا انتسب الى قبيلة وبان من غيرها ففي رواية الحلبي تفسخ النكاح

روى الحلبي في الصحيح في رجل تزوج المرأة فيقول أنا من بنى فلان فلا يكون كذلك . قال : تفسخ المرأة ــ أو قال ترد[1].

---

١) الوسائل ١٤/٦١٤ .

وأفتى به الشيخ في النهاية[1] وابن الجنيد وابن حمزة ، وجعله القاضي في كتابيه رواية . وقال الشيخ في المبسوط الاقوى أنه لاخيار لها ، ومن الناس من قال لها الخيار، وقد روي ذلك في أخبارنا .

واختاره ابن ادريس أولا ثم قال : انه تدليس يرد به من حيث التدليس ، سواء كان أعلى أو أدون .

وقال العلامة في المختلف : لها الخيار اذا بان أنه أدنى . وهو الاقوى ، لكن اذا شرط في نفس العقد والا فلا فسخ تمسكاً بأصالة بقاء اللزوم وعموم قوله « أوفوا بالعقود » .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل يسوى[2] الحكم في طرف الزوجة ؟ الاقرب نعم . وهوقول ابن الجنيد وابن حمزة .

(الثانية) هل حكم الصناعة والاعمال لوشرطت كذلك ؟ الاقرب أيضاً نعم عملا بالشرط ، وبه قال ابن الجنيد . ويدل عليه أيضاً مفهوم ما روي أن رجلا تزوج أنه بياع الدواب فبان بياعاً للسنانير فلم يفسخ بذلك علي عليه السلام وقال : السنانير دواب[3].

(الثالثة) لو انتسب الى بلد أو مذهب وقلنا بجواز نكاح المسلم فخرج بخلاف ذلك ، الاقوى أيضاً ثبوت الخيار خصوصاً في المذهب .

---

١) النهاية : ٤٨٩ ، قال فيه : واذا انتمى رجل الى قبيلة بعينها وتزوج فوجد على خلاف ذلك ابطل التزويج .

٢) فى بعض النسخ : هل يسرى .

٣) الكافى ٥/٥٦١ ، التهذيب ٧/٤٣٣ .

(الثالث) اذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ ولاالرجوع على الولي بالمهر .

وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها ،ويرجع به على الولي ، وان شاء تركها .

قوله : اذا تزوج امرأة ثم علم انها كانت زنت فليس له الفسخ ولا الرجوع على الولي بالمهر ، وفي رواية لها الصداق بما استحل من فرجها ويرجع به على الولي وان شاء تركها

الرواية عن ابن ابي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن الصادق عليه السلام ، الا أنه قال : ان شاء زوجها ان يمسكها فلا بأس[1]. وبمعناه روى عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام الا أنه قال : ان شاء تركها[2].

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية[3] في باب الكفاءة وباب التدليس ، الا أنه ليس في الروايتين ولافي كلام الشيخ دلالة على الفسخ، فلذلك قال المصنف ليس له الفسخ . نعم اذا حدث بالزنا ففي الفسخ خلاف يأتي .

وأما الرجوع بالمهر ففي اطلاق المصنف عدمه نظر : أما اولا فللروايتين المذكورتين، لانفيهما المرأة تزني لايعلم بذلك غيروليها ، واذاكان عالماًكان تدليساً . وأما ثانياً فلانه لوشرط البكارة فبان ذهابها بالزنا، فان للزوج التسليط على الفسخ والرجوع بالمهر. والحق أنه ليس له الرجوع الا مع شرط البكارة فتبين الخلاف .

---

١) الكافي ٤٠٨/٥ .

٢) التهذيب ٤٢٥/٧ ، الاستبصار ٢٤٥/٣ ، ٢٤٦ .

٣) النهاية : ٤١٤ .

(الرابعة) لايجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ويجوز فى غيرها ، ويحرم التصريح فى الحالين .

قوله : لايجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجعية ويجوز فى غيرها ، ويحرم التصريح فى الحالين

هنا فوائد :

(الاولى) الخطبة بكسر الخاء مستحبة ، لما في ذلك من اظهار الرغبة والتؤانس، وهي قسمان تعريض وتصريح ، فالاول هو الخطاب بما يحتمل غير النكاح كقوله : رب راغب فيك ، أو مستطلع اليك ، أو حريص على قربك ، أوانك علي كريمة ، أولاتبقى بلازوج واشباهه . والثاني الخطاب بما لايحتمل الا النكاح ، مثل أريد أن أتزوجك ، أوانكحك .

(الثانية) النوعان المحرمان لذات البعل أوذات العدة الرجعية أو المحرمة أبداً كالمطلقة تسعاً والملاعنة واشباههما والخالية من بعل وعدته يجوز النوعان معاً . نعم لاتجوز المواعدة سراً بما فيه فحش ، كقوله عندي جماع يرضيك وشبهه ، لقوله تعالى « ولكن لا تواعدوهن سراً الا أن تقولوا قولا معروفاً »[1].

(الثالثة) المطلقة ثلاثاً لايجوز التصريح فيها مطلقاً من الزوج وغيره ، ويجوز التعريض منهما . وان كان بائناً لايحتاج الى محلل جاز التصريح فيه من الزوج خاصة والتعريض منه ومن غيره . وعدة الوفاة لايجوز فيها التصريح ويجوز التعريض ، وبعد انقضائها يجوزان .

(الرابعة) كل موضع قلنا فيه بالتحريم يحرم فيه الاجابة، وكل موضع قلنا بالجواز يجوزفيه الاجابة ، فيجوزلها التعريض فيما يجوزفيه التعريض ويحرم فيها التصريح فيما يحرم فيه التصريح .

---

١) سورة البقرة : ٢٣٥ .

(الخامسة) اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم .

(السادسة) نكاح الشغار باطل، وهوأن تتزوج امرأتان برجلين على أن مهر كل واحدة نكاح الاخرى .

(الخامسة) لايلزم من تحريم الخطبة لووقعت تحريم النكاح بعدها ، لاصالة الصحة وعدم تعلق النهي بالنكاح .

قوله : اذا خطب فأجابت كره لغيره خطبتها ولا تحرم

خالف الشيخ فيه وقال تحرم على غير المجاب الخطبة لكونه دخولاً في السوم وقد نهي عنه . والحق الجواز للاصل، والنهي محمول على الكراهية .

وعلى التقديرين لو فعل كان النكاح صحيحاً ، أما لو امتنعت أوسكتت أورضيت ولم تصرح بالاجابة مثل «ماأنت الارضي» أو«مافيك عيب» لم يحرم على الغيرالخطبة ولم تكره .

قوله : نكاح الشغار باطل ، وهو ان تزوج امرأتان برجلين على ان مهركل واحدة نكاح الاخرى

هنا فوائد :

(الاولى) يقال شغر الكلب يشغر اذا رفع احدى رجليه ليبول[1]، ومنه قول زياد لبنت معاوية وهو يضربها بالدرة اشغر أوفجر لما افتخرت على أبيه عبيد.

قال الجوهري : والشغار بكسر الشين نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لاخر زوجني ابنتك أواختك على أن ازوجك اختي أو ابنتي ، وعلى ان صداق كل واحدة منهما بضع الاخرى ، كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه، وفي الحديث : لاشغار في الاسلام .

(الثانية) قد عرفت أنه عبارة عن جعل نكاح امرأة مهر أخرى ، فتارة يدور

١) وقيل رفع احدى رجليه بال اولم يبل .

(السابعة) يكره العقد على القابلة المربية وبنتها، وأن يزوج ابنه بنت زوجته اذا ولدتها بعد مفارقته لها، ولا بأس بمن ولدتها قبل ذلك. وأن يتزوج بمن كانت ضرة لامه مع غير أبيه.

ويكره الزانية قبل أن تتوب.

و هو أن يجعل نكاح كل منهما مهراً للاخرى، وتارة لايدور بل يجعل النكاح مهراً لواحدة منهما ولم يجعل للاخرى شيئاً. فمع الدور يبطل النكاحان معاً، ولا معه يبطل نكاح الممهورة خاصة.

وكذا يبطل لوجعل النكاح جزء من المهر، كما لوقال: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل منهما مع عشرة دنانير مهراً للاخرى، أو بضع واحدة مع العشرة مهراً للاخرى. ولم يجعل للاخرى شيئاً فتبطل الممهورة.

(الثالثة) لوشرط كل من الوليين تزويج الاخرى بمهر معلوم صح العقدان وبطل المسمى، لانه شرط معه تزويج وهو غير لازم، والنكاح لا يقبل الخيار فيثبت مهر المثل. وكذا يصح العقدان لوشرط أن ينكحه ابنته ولم يذكر مهراً، ويثبت مهر المثل لكل منهما.

قوله: يكره العقد على القابلة المربية وبنتها

هذا هوالمشهور، اذ لانسب بينه وبينهما ولا رضاع. وقال الصدوق في المقنع[1] بعدم الحل فيهما، محتجاً برواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام: لا يتزوج المرأة التي قبلته ولا ابنتها[2]. ومثله عن جابر عن الباقر عليه السلام فيه:

---

١) المقنع: ١٠٩، قال فيه: ولاتحل القابلة للمولود ولا ابنتها وهي كبعض امهاته.

٢) التهذيب ٤٥٥/٧، الاستبصار ١٧٣/٣.

القسم الثاني: فى النكاح المنقطع

والنظر فى أركانه وأحكامه :

وأركانه أربعة :

وهي من بعض أمهاتة[1] .

والمختار أنها ان قبلت ولم ترب حلت من غير كراهية ، لرواية البزنطي قال : قلت للرضا عليه السلام : يتزوج الرجل المرأة التي قبلته . فقال : سبحان الله ما حرم الله عليه من ذلك[2] وهو استفهام على جهة الانكار .

وان قبلت وربت كره نكاحها، لرواية ابراهيم بن عبدالحميد عن الكاظم عليه‌السلام : ان كانت قبلته وربته وكفلته ، فاني أنهى عنها نفسي وولدي، وفي خبر آخبر : وصديقي[3] .

وان كان مع ذلك ارضاع فلا كلام في التحريم ، ويمكن حمل رواية المنع على ذلك أوعلى شدة الكراهية .

قوله : القسم الثانى فى النكاح المنقطع[4]

---

١) الكافى ٥/٤٤٧ ، الاستبصار ٣/١٧٦ .

٢) التهذيب ٧/٤٥٥ ، الاستبصار ٣/١٧٦ .

٣) التهذيب ٧/٤٥٥ ، الاستبصار ٣/١٧٦ .

٤) قال العلامة الخوئى دام ظله فى البيان فى تفسيرالقرآن ٣٣٣ فى ذيل الاية الشريفة « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة» النساء ٢٤ : فقد اشتهربين علماء اهل السنة أن حلية المتعة قد نسخت وثبت تحريمها الى يوم القيامة ، وقد أجمعت الشيعة الامامية على بقاء حلية المتعة وان الاية المباركة لم تنسخ ، ووافقهم على ذلك جماعة من الصحابة والتابعين .

قال ابن حزم : ثبت على اباحتها – المتعة – بعد رسول الله صلى‌الله عليه وآله وسلم ابن مسعود ومعاوية وابوسعيد وابن عباس وسلمة ومعبد ابنا امية بن خلف وجابر وعمرو بن

لاخلاف عند أهل البيت عليهم السلام في مشروعيته واجماعهم على ذلك مع دلالة الكتاب على حله واجماع المسلمين على أنه كان في مبدأ الاسلام ثم ادعى عمر رفعه[1]. وهومطالب بصحة دعواه.

وقد ذكرنا في « كنزالعرفان » الدلالة على اباحته على وجه أبسط من هذا فليراجع هناك[2].

حريث ورواه جابرعن جميع الصحابة : « مدة رسول الله صلى عليه وآله وسلم وابى بكر وعمر الى قرب آخرخلافة عمر ».

ثم قال : ومن التابعين طاووس وسعيد بن جبيروعطاء وسائر فقهاء مكة . ونسب شيخ الأسلام المرغيناني القول بجواز المتعة الى مالك مستدلا عليه بقوله : « لانه ـ نكاح المتعة كان مباحاً فيبقى الى ان يظهر ناسخه ».

ونسب ابن كثيرجوازها الى احمد بن حنبل عند الضرورة فى رواية . وقد تزوج ابن جريح احد الاعلام وفقيه مكة فى زمنه سبعين امرأة بنكاح المتعة .

ثم بعد اثباته ـ دام ظله ـ عدم نسخ الاية الشريفة قال : وحاصل ما تقدم : ان آية التمتع لاناسخ لها وان تحريم عمروموافقة جمع من الصحابة له على رأيه طوعاً اوكرهاً انماكان اجتهاداً فى مقابل النص وقد اعترف بذلك جماعة . وانه لادليل على تحريم المتعة غيرنهى عمرالا انهم رأواان اتباع سنة الخلفاء كاتباع سنة النبى صلى الله عليه وآله وسلم وعلى أى فما اجود ماقاله عبدالله بن عمر : «أرسول الله احق أن تتبع سنته ام سنة عمر».

وما احق ما قاله الشيخ محمد عبده فى تفسيرقوله تعالى « الطلاق مرتان » تم كلامه دام ظله .

١) فى رواية جابر بن عبدالله الانصارى: تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله ومع ابى بكر ، فلما ولى عمرخطب الناس فقال: ان رسول الله « ص » هذا الرسول وان القرآن هذا القرآن وانماكانتا متعتان على عهد رسول الله وانا انهى عنهما واعاقب عليهما، احداهما متعة النساء ولاأقدر على رجل تزوج امرأة الى اجل الاغيبته بالحجارة . سنن البيهقى ٢٠٦/٧ . وغيرهامن الروايات التى صرحت على تحريم عمرالمتعتين .

٢) كنزالعرفان ١٤٢/٢ .

(الاول) الصيغة . وهو ينعقد بأحد الالفاظ الثلاثة خاصة .

وقال «علم الهدى» : ينعقد فى الاماء بلفظ الاباحة والتحليل

(الثانى) الزوجة : ويشترط كونها مسلمة أو كتابية .

ولا يصح بالمشركة والناصبة .

ويستحب اختيار المؤمنة العفيفة وأن يسألها عن حالها مع التهمة وليس شرطاً .

ويكره بالزانية وليس شرطاً .

قوله: وهوينعقد بأحدالالفاظ الثلاثة خاصة، وقال المرتضى ينعقد فى الاماء بلفظ الاباحة والتحليل

يريد بالالفاظ الثلاثة «زوجتك» و«أنكحتك» و« متعتك » ، فاللام هنا للعهد ولاخلاف في ذلك .

وزاد المرتضى بناء على قوله أن تحليل الأمة من قبيل المتعة أنه ينعقد « أبحت » و« حللت » ، فيكونان أيضاً من ألفاظ المتعة وسيأتي ذلك ان شاء الله تعالى .

قوله : ويشترط كونها مسلمة أوكتابية ولايصح بالمشركة

قد تقدم حكاية الخلاف في نكاح الكتابية . ثم ان من الروايات ما فيه تصريح بجواز نكاحها متعة كرواية زرارة عن الصادق عليه السلام ، ورواية محمد بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] وغيرها ، فلذلك اختار المصنف الجواز هنا من غير تردد ، وقد تقدم ماهو الاقوى .

(١ ، ١) التهذيب ٢٥٦/٧ ، الاستبصار ١٤٤/٣ .

وأن يستمتع ببكر ليس لها أب فـان فعل فلا يفتضها ، وليس محرماً .

قوله: وان يستمتع ببكر ليس لهااب، فان فعل فلايفتضها وليس محرماً

كراهية الاستمتاع بالبكر مطلقاً وان كان لها أب مذهب الشيخ في النهاية[1] الا أنه لايجوز له أن يفضي اليها ، والافضل أن لا يتزوج الاباذن أبيها على كل حال . ومثله قال القاضي وابن ادريس[2] .

والمستند عموم رواية سعدان بن مسلم عن رجل عن الصادق عليه السلام : لابأس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن ابيها[3] .

وقال التقي والصدوق لايجوز التمتع بالبكر الاباذن أبيها، لرواية ابي مريم عن الصادق عليه السلام قال : العذراء التي لها أب لا تتزوج متعة الاباذن أبيها[4] .

والمختار الكراهية جمعاً بين القولين والروايتين .

واذا كره مع وجود الاب فمع عدمه أولى ، وأيضاً لرواية حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج البكر متعة. قال: يكره للعيب على أهلها[5] وحينئذ لاوجه لتقييد المصنف بعدم الاب .

وأما كراهية الافتضاض فلما رواه ابوسعيد القماط عمن رواه عن الصادق

1) النهاية ٤٩٠ ، قال فيه عند ذكره المتعة : وان كانت بالغاً وقد بلغت حد البلوغ وهو تسع سنين الى عشر جاز له العقد عليها من غير اذن ابيها الا انه لايجوز له ان يفضي اليها والافضل الايتزوجها الاباذن ابيها على كل حال .

2) السرائر : ٢٩٦ ، ٣١١ .

3) التهذيب ٣٨٠/٧ ، الاستبصار ٢٣٦/٣ .

4) الفقيه ٢٩٣/٣ .

5) الفقيه ٢٩٣/٣ ، التهذيب ٢٥٥/٧ ، الكافي ٤٦٢/٥ ، الاستبصار ١٤٦/٣ .

ولا حصر فى عددهن .

ويحرم أن يستمتع أمة على حرة الا باذنها، وأن يدخل على المرأة بنت أخيها أو بنت أختها ما لم تأذن .

عليه السلام قال: واتق موضع الفرج[1]. لما في ذلك من جعلها غير مرغوب فيها فيحصل الغضاضة على أهلها .

قوله : ولاحصر فى عدد هن

هذا هو المشهور ، وادعى ابن ادريس[2] عليه الاجماع. وأيضاً روى زرارة عن الصادق عليه السلام قال : ذكر له المتعة أهي من الاربع؟ قال: تزوج منهن ألفاً فانهن مستأجرات[3] .

وقال القاضي لايجوز للمتزوج متعة أن يزيد على أربع من النساء . قال : وذكر أن له أن يتزوج ما شاء .

والاحوط ما ذكرناه، ومستنده رواية البزنطي عن ابى الحسن عليه السلام[4] . وحملها الشيخ[5] على الاحتياط ، لما رواه البزنطي أيضاً صحيحاً عن ابى الحسن عليه السلام قال : قال ابوجعفر عليه السلام : اجعلوهن من الاربع . فقال له صفوان بن يحيى : على الاحتياط . قال: نعم[6].

---

١) التهذيب ٢٥٤/٧ .

٢) السرائر: ٣١٢ ، قال فيه : ويجوز الجمع بغير خلاف بين اصحابنا في هذا النكاح بين اكثر من اربع لانهن بمنزلة الاماء عندنا .

٣) الكافى ٤٥٢/٥ ، التهذيب ٢٥٨/٧ ، الاستبصار ١٤٧/٣ .

٤) التهذيب ٢٥٨/٧ ، الاستبصار ١٤٨/٣ .

٥) النهاية : ٤٩٢ .

٦) التهذيب ٤٥٩/٧ ، الاستبصار ١٤٨/٣ .

(الثالث) المهر. وذكره شرط ويكفى فيه المشاهدة، ويتقدر بالتراضى ولو بكف من بر .

ولولم يدخل ووهبها المدة فلها النصف ويرجع بالنصف عليها لوكان دفع المهر، واذا دخل استقر المهر تماماً . ولو أخلت بشيء من المدة قاصها .

ولو بان فساد العقد فلا مهر ان لم يدخل ، ولو دخل فلها ما أخذت وتمنع ما بقى .

قوله : ويتقدر بالتراضى ولوبكف من بر

هذا هو المشهور وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : سألته كم المهر يعني في المتعة؟ قال: ما تراضيا عليه الى ماشاء من الاجل[1] .

وقال ابن بابويه[2]: ادنى مايجزى في المتعة درهم فما فوقه ، ويروى كف من بر، لرواية ابى بصير عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن متعة النساء. قال : حلال فانه يجزي الدرهم فما فوقه[3] . ورواية سعيد الاحول عن الصادق عليه السلام : أدنى ما يتزوج به المتعة كف من بر[3] .

وأجيب بحمل تقدير القلة على الاستحباب ، بمعنى أنه يكره أن يكون أقل من ذلك.

قوله: ولوبان فسادالعقد فلامهران لم يدخل، ولودخل فلها ما اخذت وتمنع مابقى

---

١) الوسائل ٤٧١/١٤ .

٢) المقنع : ١١٣ وفيه : وروى كفين من بر .

٣) الكافى ٤٥٧/٥ .

والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها.

ولوقيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً.

(الرابع) الاجل. وهو شرط في العقد.

والوجه أنها تستوفيه مع جهالتها ويستعاد منها مع علمها. ولوقيل بمهر المثل مع الدخول وجهلها كان حسناً

الاول قول الشيخ في النهاية[١]، ومستنده رواية حفص بن البختري في الحسن عن الصادق عليه السلام قال: اذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً فما أخذت فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده[٢].

وفيه نظر، لانها اما أن تستحق شيئاً أولا، فمن الثاني يلزم أن لاتعطى شيئاً لا المأخوذ ولا غيره بل استعاد ماأخذته، وأما الاول فلادلالة فيه على أن المقبوض قدر استحقاقها فكان ينبغي التقييد بذلك.

والوجه الثاني اختاره العلامة في المختلف والقواعد[٣]، ووجهه أنها مع جهلها تكون موطوأة بالشبهة فيكون لها شيء مقابل ذلك، وأما مع علمها فانها بغي ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن مهر البغي[٤].

وفي اطلاق هذا الوجه نظر، لانه اذا علم الفساد وقد بقي بعض الاجل وجب عليه مفارقتها فكيف تستحق جميع المهر على تقدير الجهالة، لان المهر في مقابلة مجموع الاجل يزيد وينقص بحسب الوفاء لجملة الاجل أوببعضه فكان

---

١) النهاية: ٤٩١، قال فيه: فان تبين بعد الدخول بها ان لها زوجاً كان لها ما اخذت منه ولايلزمه ان يعطيها ما بقى عليه.

٢) الكافى ٥/ ٤٦١.

٣) المختلف ٤/ ١٢، القواعد، الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح.

٤) سنن البيهقى ٦/ ٦.

ينبغي التقييد بما اذا علم الفساد بعد انقضاء الاجل، وأما اذا علم في الاثناء فلها مع الجهل قدر ما مضى منه لاغير. وعلى هذا يمكن تأويل الرواية بما اذا كان مقبوضها قدر مامضى من الاجل ويحبس عنها الباقي.

والوجه الثالث أحسن الوجوه، لانها مع عدم الدخول لاتستحق شيئاً لان الاستحقاق امابالعقد مع انقضاء الاجل عند الزوج أو بالدخول مع الجهل، والاول باطل لان العقد قد بان فساده فلايستحق به شيء، وكذا الثانى لان الغرض عدمه. وحينئذ يكون استحقاقها مع الدخول والجهل هو مهر المثل في تلك المدة الماضية لمثل تلك المرأة في حسنها وجمالها.

نعم لوقيل كان استحقاقها أقل الامرين من مهر المثل لتلك المدة وقسط ما مضى من المسمى لم يكن بعيداً من الصواب.

قوله: ويتقدر بتراضيهما كاليوم والسنة والشهرولابد من تعيينه

هنا فوائد:

(الاولى) لاخلاف في أن الاجل هنا لايتقدرقلة ولا كثرة الا ابن حمزة قال: وقدر المدة من طلوع الشمس الى نصف النهار والى سنين متطاولة. فان كان مراده التمثيل بتقدير الاجل قلة وكثرة فهوصحيح ولايكون مخالفاً للاجماع، والايكون مخالفاً. وانما قال من طلوع الشمس الى نصف النهار تنبيهاً على ضبطه والمثال المذكور ضابط معلوم.

(الثانية) لاخلاف أيضاً في وجوب كونه مقدراً بما لاتحتمل الزيادة والنقيصة فيبطل لوقال الى قدوم الحاج أوادراك الثمرات. وبه قال الشيخ في الخلاف وقال في النهاية لوذكر المدة مبهمة كان العقد دائماً لايزول الا بالطلاق. وهو

---

١) النهاية: ٤٨٩.

بناء على قوله بالانقلاب دائماً مـع الاخلال بذكر الاجل ولا يكون مخالفاً للاجماع .

(الثالثة) قال في النهاية[١] ومتى عقد عليها شهراً ولم يذكر الشهر بعينه ومضى عليها شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل . وهذا أيضاً ليس بمناف لوجوب التعيين ، لان مراده أن الشهر اذا أطلق ولم يعين اقتضى الاتصال بالعقد فيتعين .

وهو الحق بناء على العرف، وهو على ما تقرر أن العقد يستلزم اتصال الاحكام المتصلة به زماناً لكونه علة لها والعلة متصلة بمعلولها زماناً .

وقول ابن ادريس[٢] ببطلان العقد للجهالة ليس بشيء، لما قلنا من اقتضائه الاتصال ، وهو معلوم فيصح .

(الرابعة) لو عين زماناً متأخراً صح. اختاره العلامة[٣] في القواعد والمختلف لاصالة الصحة وعدم المانع ، وتؤيده رواية بكار بن كردم قال : قلت للصادق عليه السلام: الرجل يلقى المرأة فيقول لها زوجيني نفسك شهراً ولا يسمى الشهر بعينه ثم يمضي فيلقاها بعد سنين. فقال: له شهره ان كان سماه وان لم يكن سماه فلا سبيل له عليها[٤].

وقال بعضهم لا يصح ذلك بل يشترط اتصاله بالعقد، لما قلناه أولا. وأيضاً

---

١) النهاية : ٤٩١ .

٢) السرائر : ٣١٢ .

٣) القواعد، الباب الرابع فى باقى اقسام النكاح، قال فيه : وان عين المبدأ تعين وان تأخر عن العقد والا اقتضى اتصاله به فان تركها حتى خرج خرجت من عقده ولها المسمى .

---

٤) الكافى ٤٦٦/٥ ، التهذيب ٢٦٧/٧ ، الفقيه ٢٩٧/٣ .

ولا يصح ذكر المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر . وفيه رواية بالجواز ، فيها ضعف .

وأما الاحكام فمسائل :

لوصح ذلك لصح العقد عليها لغير العاقد فيما بين الأجل والعقد وهو باطل ، ويصح تجديد العقد عليها قبل انقضاء أجلها وهو أيضاً باطل لما يأتي .

وفيهما نظر : أماالاول فلانه انما لم يصح لكونها ذات زوج وان كان ممنوعاً منها كالمعتدة فانه لايجوز العقد عليها لكونها في حكم المزوجة ، وأما الثاني فنمنع بطلانه كما هو رأي ابن حمزة ويأتي بحثه .

قوله: ولا يصح بذكر[1] المرة والمرات مجردة عن زمان مقدر ، وفيه رواية بالجواز فيها ضعيف

انما لم تصح لعدم الانضباط فيؤدي الى الغرر والنزاع ، والرواية رواها ابن فضال عن القاسم بن محمد عن رجل سماه عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد . فقال : لابأس لكن اذا فرغ فليحول وجهه ولا ينظر[2].

وضعفها من فساد عقيدة ابن فضال فانه واقفي ، ومن جهالة الرجل ، وعن مخالفتها للنظر كما قلناه .

---

١) في المختصر النافع ط مصر : ولايصح ذكرالمرة .

٢) الكافي ٤٦٠/٥ ، التهذيب ٢٦٧/٧ ، الاستبصار ١٥١/٣ . في التهذيب « عود واحد » بالواو . قال في مجمع البحرين : المراد بالعرد المرة الواحدة من المواقعة ، قال في القاموس : عرد جاريته : جامعها ، وشيء عرد اي صلب . قال في اللسان: والعرد : ذكر الانسان ، وقيل : وهوالذكر الصلب الشديد وجمعه اعراد، وقيل : العرد : الذكراذا انتشر وانتعظ وصلب .

(الاولى) الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد. وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائماً.

قوله: الاخلال بذكر المهر مع ذكر الاجل يبطل العقد وذكر المهر من دون الاجل يقلبه دائماً

أما الاول فلاخلاف في بطلان العقد معه، وأما الثاني فقال الشيخ[1] والقاضي والتقي وابن زهرة واختاره المصنف بانقلابه دائماً، لرواية عبد الله بن بكير موثقاً عن الصادق عليه السلام قال: ان سمى الأجل فهو متعة وان لم يسم فهو نكاح بات[2].

وقال ابن ادريس[3]: ان كان العقد بلفظ «زوجت» و«انكحت» فهو كما قال الشيخ، وان كان بلفظ «متعت» بطل العقد، لان متعت ليس من ألفاظ ايجاب العقد الدائم فلا ينعقد دائماً. والاجل شرط المتعة وقد أخل به فلاينعقد متعة. وهو قريب.

وقال العلامة[4] بالبطلان مطلقاً بأي لفظ كان، ونقله عن والده محتجاً بأن المتعة شرطها الأجل فاذا فات بطل العقد. وأما الأولى فاجماعية ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام صحيحاً: لايكون متعة الا بأمرين أجل مسمى وأجر مسمى[5].

---

١) النهاية: ٤٨٩، قال فيه: فان عقد عليها متعة ولم يذكر الأجل كان التزويج دائماً.

٢) الكافى ٥/٤٥٦، التهذيب ٧/٢٦٢. البات اى الدائم، وفي الحديث الرجل يتزوج المرأة متعة ايحل ان يتزوج ابنتها بتاتاً يعنى دائماً.

٣) السرائر: ٢٩٣.

٤) المختلف، الجزء الرابع ٨.

٥) التهذيب ٧/٢٦٢، الاستبصار ٣/١٤٩، الكافى ٥/٤٥٥.

(الثانية) لاحكم للشروط قبل العقد ويلزم لو ذكرت فيه .

ورواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت الصادق عليه السلام عن المتعة فقال : مهر معلوم الى اجل معلوم[1] وغيرهما .

وأما الثانية فظاهرة قضية للشرط ، وأيضاً الاحكام تابعة للقصد من اللفظ ، والدوام هنا غير مقصود فلا يقع ، والمنقطع فات شرطه فلا يقع أيضاً قيل . عليه لايلزم من بطلان المتعة بطلان الدائم الذي هو المتنازع ، وانما يلزم لو كان شرطاً في مطلق النكاح فاذا بطل المطلق بطل جزئياته .

وان سلم اشترك العقدين في معنى شامل لهما فالمنع ألزم، لانه لايلزم من بطلان الشيء بطلان ما يباينه . ونمنع أيضاً أن ألفاظ العقود تؤخذ بالارادة بل بمقتضى اللفظ يحكم على صاحبه به والالزم اختلال كثير من القواعد الشرعية، كأن يقول العاقد وانما أردت الى أجل وأهملته ، أويذكر الاجل والمهر ويدعي ذكر الاجل سهواً فانه يحكم عليه بمقتضى اللفظ ولا يلتفت الى دعواه كذلك هنا .

واعلم أن الشهيد[2] اختار قول الشيخ محتجاً برواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن المتعة وقال : اني لاستحيي أن أذكر شرط الايام. فقال: ذلك أضر عليك لانك اذالم تشترط كان تزويج مقام[3].وهذه أجود.

وما احتج به للقول بالانقلاب ، وفيها ايماء الى ما أوردناه على كلام العلامة.

قوله : لاحكم للشروط قبل العقد ويلزم لوذكرت فيه

---

١) التهذيب ٢٦٢/٧ .

٢) راجع « شرح اللمعة » ٨٢/٢ .

٣) الكافي ٤٥٥/٥ ،التهذيب ٢٦٥/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ ، وآخرها : لزمتك النفقة في العدة وكانت وارثة ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة .

(الثالثة) يجوز اشتراط اتيانها لـيلا أو نهاراً، وألا يطأها فى الفرج ، ولو رضيت به بعد العقد جاز . والعزل من دون اذنها . ويلحق الولد وان عزل ، لكن لو نفاه لم يحتج الى اللعان .

المراد بذكرها فيه أن يكون بين الايجاب والقبول، وبه قال ابن ادريس[1] والعلامة[1]، والشيخ[2] قال لااعتبار بما ذكر قبل العقد بل بما ذكر بعده .

نعم اذا أعيد الشرط المذكورقبل العقد بعده لزم والا لم يلزم، سواء ذكر قبل القبول أولا. ومستنده رواية عبدالله بن بكيرحسناً عن الصادق عليه السلام قال : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وماكان بعد النكاح فهو جائز[3].

وحمله العلامة على ما اذا ذكـر بعد الايجاب قبل القبول ، فأطلق العقد وأريد به الايجاب تسمية للجزء باسم الكل. وهو محمل حسن .

قوله : يجوز اشتراط اتيانها ليلا أونهاراً وان لايطأها فـى الفرج ،ولو رضيت بعد العقد جاز

كل شرط سائغ يجوز اشتراطه للاصل ، وهل يلزم الوفاء به ؟ قال الشيخ في النهاية نعم[4]، وقال ابن ادريس[5] لايلزم .

والمختارالملزوم، لقوله تعالى «أوفوابالعقود»[6] ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[7]. فلو شرط أن لايطأها في الفرج لزم الشرط،

---

١) السرائر : ٣١٢ ، المختلف الجزء الرابع ١٢ .
٢) النهاية : ٤٩٣ .
٣) الكافى ٥/٤٥٦ ، التهذيب ٧/٢٦٢ .
٤) النهاية : ٤٩١ ، ٤٩٣ .
٥) السرائر : ٣١٢ .
٦) سورة المائدة : ١ .
٧) الكافى ٦/١٨٧ ، الفقيه راجع روضة المتقين ١٣/١٨ ، التهذيب ٧/٢٢ .

(الرابعة) لايقع بالمتعة طلاق اجماعا، ولا لعان على الاظهر. ويقع الظهار على تردد.

فاذا رضيت بعد ذلك جاز.

واختاره المصنف، ومستنده رواية عماربن مروان عن الصادق عليه‌السلام، فانه يقول في آخرها: ليس له الا ما اشترطه[1].

ومنع ابن ادريس[2] ذلك وقال: لايلزمه عدم وطئها. وجعل قول الشيخ رواية، واختاره العلامة في المختلف[3].

قوله: ولا لعان على الاظهر

يريد به لعان القذف بالزنا لالنفي الولد، لما يجيء أنه لايفتقر الى لعان. ووجه عدم وقوع الاول أصالة عدم سقوط الحد وتظافر الروايات.

وبه قال الشيخ والتقي وابن ادريس[4] وخالف المرتضى هنا وقال بوقوعه بها لدخولها تحت عموم و«الذين يرمون أزواجهم»[5] الاية. وأجيب بأنه مخصوص بما تقدم.

قوله: ويقع الظهار على تردد

ينشأ من عموم «والذين يظاهرون من نسائهم»[6] وهذه من نسائهم، وبه قال السيد والتقي وابن زهرة، واختاره المصنف في باب الظهار كما يجيء.

---

١) الكافي ٥/٤٦٧، التهذيب ٧/٢٧٠.
٢) السرائر: ٣١٢.
٣) المختلف، الجزء الرابع: ١٢.
٤) النهاية: ٥٢٣، السرائر: ٣١٢.
٥) سورة النور: ٤.
٦) سورة المجادلة: ٣.

(الخامسة) لايثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين.

وقال المرتضى : يثبت ، ما لم يشترط السقوط. نعم لو شرط الميراث لزم.

ومن أصالة عدم الوقوع ، ورواية ابن فضال عمن أخبره عن الصادق عليه السلام انه كالطلاق[1]. والاصل في التشبيه العموم والطلاق لايقع هنا فكذا الظهار ولان لازم الظهار جواز المرافعة والالتزام بالفيئة. وكلاهما منفيان هنا. وانتفاء اللازم مستلزم لانتفاء الملزوم. واختاره ابن بابويه وابن الجنيد وابن ادريس[2].

قوله : لايثبت بالمتعة ميراث ، وقال المرتضى يثبت ما لم يشترط السقوط . نعم لواشترط الميراث لزم

في المسألة أقوال :

(الاول) نفي التوارث بينهما وهو اطلاق المفيد وابن بابويه، واختاره التقي وابن ادريس[3]. ولوشرطا ذلك وهوفتوى العلامة[4] لاصالة العدم ولرواية سعيد

---

١) الكافي ١٥٤/٦ ، التهذيب ١٣/٧ ، الفقيه ٣٤٠/٣ ، الاستبصار ٢٦١/٣ .

والخبرهكذا : « لايكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق »، قال في الوافي: يعني الاعلى شرائط الطلاق. انتهى.

اقول : ليس « مثل » في الفقيه . وقال المجلسي عليه الرحمة في روضة المتقين ١٥٤/٩ بعد نقل الخبرالشريف عن الشيخين في الموثق كالصحيح: اي لايشترط فيه شروط الطلاق من كونه غيرمغضب وغيرمكره ويكون بمحضر العدلين وتكون المرأة طاهراً من غير جماع ، الى آخرما تقدم منها وسيجيء أيضاً في ضمن الاخبار مفصلا . انتهى كلامه اعلى الله مقامه .

٢) السرائر : ٣١٢ .

٣) السرائر : ٣١٢ .

٤) المختلف ، الجزء الرابع ٩ .

ابن يسارعن الصادق عليه وقد سأله عن المتمتع بها اذا لم يشترط الارث. قال: ليس بينهما ميراث اشترط أولم يشترط[1].

ورواية جميل عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن المتعة ماحدها. قال : حدودها أن لاترثك ولاترثها[2] جعل نفي الميراث من مقتضى الماهية .

(الثاني) نفي الميراث لكن لو شرط لزم ، وبه قال الشيخ[3] وابن حمزة والكيدري ، لرواية البزنطي عن الرضا عليه السلام : ان اشترطت الميراث كان وان لم يشترط لم يكن[4]. ورواية ابن مسلم عن الصادق عليه السلام : فان اشترطت الميراث فهما على شرطهما[5] .

(الثالث) ثبوته مطلقاً أي ماهية العقد تقتضيه ولوشرط سقوطه بطل الشرط، وبه قال القاضي لانها زوجة والا لم تحل وكل زوجة تورث وترث ونقضت الكبرى بالذمية والقاتلة .

(الرابع) ثبوته باطلاق العقد الخالي عن شرط يقتضيه، أعني الماهية بشرط لاشيء فحينئذ يثبت الارث مالم يشترط سقوطه فينتفي . وهو قول المرتضى وابن ابى عقيل. أما الثبوت فلانها زوجة، وأما الانتفاء مع الشرط فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[6].

١) التهذيب ٢٦٤/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ ، وفي الكافى ٤٦٥/٥ : وروى أيضاً ليس بينهما ميراث اشترط أولم يشترط .

٢) التهذيب ٢٦٥/٧ ، الاستبصار ١٥٠/٣ .

٣) النهاية : ٤٩٢ قال فيه : وليس فى نكاح المتعة توارث شرط نفى الميراث اولم يشرط ، اللهم الان يشرط ان بينهما التوارث فان شرط ذلك ثبتت بينهما الموارثة .

٤) التهذيب ٢٦٤/٧ ، الكافى ٤٦٥/٧ .

٥) التهذيب ٢٦٤/٧ .

٦) التهذيب ٢٢/٧ ، الفقيه ١٢٧/٣ ، الكافى ١٨٧/٦ .

(السادسة) اذا انقضى أجلها فالعدة حيضتان على الاشهر. وان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة وأربعون يوماً.

والاقوى والذي عليه الفتوى هوالاول، لكن لوشرط التوارث جازويكون بمنزلة الوصية، وحينئذ يتفرع فروع:

«الاول» ـ اعتباره من الثلث.

«الثاني» ـ أنه لورجع المشترط بطل، اذ هو وصية يجوز الرجوع فيها.

«الثالث» ـ قد يكون من الطرفين فيكون وصية فيهما، وقد يكون من طرف واحد فيكون وصية من جهته.

«الرابع» ـ أن قدر النصيب يكون مقدماً على الميراث، ولا تزاحم الزوجة الدائمة في الربع أوالثمن الى غيرذلك من فروع الوصية.

قوله: اذا انقضى اجلها فالعدة حيضتان على الاشهر، وان كانت ممن تحيض ولم تحض فخمسة واربعون يوماً

هذا قول الشيخ في النهاية[1] قال: وكذا اذا وهبها باقي الاجل، ومستنده رواية محمد بن النفيل عن ابى الحسن الماضي عليه السلام قال: طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان[2].

وقال التقي وابن حمزة قرآن، لرواية زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام: ان كان تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرآن[3].

وروى زرارة أيضاً عنه عليه السلام صحيحاً الى ان قال: وكذلك المتعة عليها ماعلى الامة[4].

---

١) النهاية: ٤٩٢.

٢) التهذيب ٨/١٣٥، الاستبصار ٣/٣٣٥.

٣) الكافي ٦/١٦٧، التهذيب ٨/١٣٤، الاستبصار ٣/٣٣٥.

٤) الفقيه ٣/٢٩٦، التهذيب ٨/١٥٧، الاستبصار ٣/٣٥٠.

ولومات عنها ففى العدة روايتان أشبههما : أربعة أشهر وعشرة أيام .

وقال ابن بابويه في المقنع[1] عدتها حيضة ونصف ، ، لرواية عبدالرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام[2].

وقال ابن ابى عقيل حيضة أو خمسة وأربعون يوماً ، لرواية ابن ابى عمير عن ابن أذينة عن زرارة عن الصادق عليه السلام : عدة المتعة ان كانت تحيض فحيضة والا فشهر ونصف[3].

وقال المفيد[4] وابن ادريس[4] والعلامة[4] طهران للمستقيمة الحيض وخمسة وأربعون يوماً اذا كانت لاتحيض .

قوله : ولومات عنها ففى العدة روايتان اشبههما اربعة اشهر وعشرة ايام

هذه رواية زرارة عن الباقر عليه السلام ويقول فيها : كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أوامة وعلى أي وجه كان النكاح متعة أوتزويجاً أوملك يمين فالعدة أربعة أشهروعشرا[5].

وأفتى بها الشيخ في النهاية[6] والتقي والقاضي وابن ادريس[6] والصدوق في المقنع[6] . وقال المفيد[7] والمرتضى وسلاروابن ابى عقيل شهران وخمسة

---

١) المقنع : ١١٤ .

٢) التهذيب ١٥٧/٨ ، الفقيه ٢٩٦/٣ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ .

٣) التهذيب ١٦٥/٨ ، الكافى ٤٥٨/٥ .

٤) المقنعة : ٨٤ ، السرائر : ٣٣٩ ، المختلف : الجزء الرابع : ١١ .

٥) الفقيه ٢٩٦/٣ ، التهذيب ١٥٧/٨ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ .

٦) النهاية : ٤٩٢ ، السرائر : ٣٣٩ ، المقنع : ١١٤ .

٧) المقنعة : ٨٤ .

(السابعة) لايصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل .

ولو أراده وهبها ما بقى من المدة واستأنف .

أيام ، لرواية الحلبى عن أبيه عن رجل عن الصادق عليه السلام[١] .

واختار المصنف مضمون الاولى ، لانها أصح وأشبه بظاهر القرآن. وتؤيد أيضاً رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الصحيح : ان عدتها أربعة أشهروعشرة أيام[٢] .

هذاكله في الحرة، وأما الامة فقال الشيخ[٣] عدتها شهران وخمسة أيام حملا للرواية الثانية على الامة .

وهومشكل لمخالفتها رواية زرارة مع كونها مقطوعة . والاولى أنها كالحرة كما قال ابن ادريس .

قوله : لايصح تجديد العقد قبل انقضاء الاجل ، ولو أراده وهبها ما بقى واستأنف

هذا قول الشيخ[٣] والقاضي وابن ادريس[٤] ، لرواية ابان بن تغلب عن الصادق عليه السلام[٥] . وقال ابن حمزة ان أراد أن يزيد في الاجل جاز وزاد في المهر ، وجعل الاول رواية .

قال العلامة في المختلف[٦] : لابأس بقول ابن حمزة، لاصالة الجواز السالم

---

١) التهذيب ١٥٨/٨ ، الاستبصار ٣٥١/٣ .

٢) التهذيب ١٥٧/٨ ، الاستبصار ٣٥٠/٣ ، الفقيه ٢٩٦/٣ .

٣) النهاية : ٥٣٦ .

٤) النهاية : ٤٩٢ ، السرائر : ٣١٢ .

٥) الكافى ٤٥٨/٥ ، التهذيب ٢٦٨/٧ .

٦) المختلف، الجزء الرابع ١٣ .

القسم الثالث : فى نكاح الاماء

والنظر اما فى العقد واما فى الملك :

أما العقد فليس للعبد ولا للامة أن يعقدا لانفسهما نكاحاً ما لم يأذن المولى .

ولو بادر أحدهما ففى وقوفه على الاجازة قولان ، ووقوفه على الاجازة أشبه .

عن معارضة شغلها بعقد غيره وكونها مشغولة بعقده لايمنع من العقد عليها مدة أخرى كما لو كانت مشغولة بعدته .

قيل عليه : لوجازذلك لجاز العقد عليها لغيره قبل انقضاء الاجل .

قلت : الجواب ذلك غيرلازم، لانه عقدعلى ذات بعل فلايجوز. والتحقيق ان قلنا باشتراط اتصال الاجل بالعقد فلايجوز التجديد والاجاز .

قوله : فليس للعبد وللامة ان يعقدالانفسهما نكاحاً مالم يأذن المولى ولوبادراحدهما ففى وقوفه على الاجازة قولان ووقوفه علىالاجازة اشبه

القولان للشيخ[1] : قال فى النهاية موقوف، وقل في الخلاف باطل. وقال ابن ادريس[2] أولا بالاول وثانياً بالثاني، مستدلابأنه منهي عنه والنهي يدل على الفساد . قال : وقيل الاجازة تختص بعقد العبد دون الامة .

واختيارالمصنفأفتى به العلامة[3] وحجةابن ادريسضعيفة اذ كبراها ممنوعة

---

١) النهاية : ٤٧٦ - ٤٨٠ ، الخلاف ٢ /٣٦١ و٣٦٤ .

٢) راجع السرائر : ٢٩٦ ، ٣٠٥ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع ١٥ .

وان أذن المولى ثبت فى ذمة مولى العبد المهر والنفقة ، ويثبت لمولى الامة المهر .

ولو لم يأذنا فالولد لهما .

ولو أذن أحدهما كان للاخر .

وولد المملوكين رق لمولاهما .

ولو كانا لاثنين فالولد بينهما بالسوية مالم يشترطه أحدهما .

والدليل على وقوفه ما تقدم من وقوف عقد الفضولي وعدم بطلانه ، والعبد هنا فضولي، لان ولاية العقد لسيده . وأيضاً ما تقدم من رواية زرارة عن الباقر عليه السلام .

قوله : واذا اذن المولى ثبت فى ذمة مولى العبد المهر والنفقة

للاصحاب هنا أقوال :

(الأول) قول ابن ادريس[1] والمصنف والعلامة في القواعد[2] ، وهو الثبوت في ذمة السيد ، لان الاذن في الشيء يلزمه توابعه ، ولان النفقة واجبة لايمكن أن يكون في ذمة العبد بعد عتقه قطعاً وهو اجماعي ، فيكون لوجوبها محل في الحال ، وليس مال العبد اذ لاملك له فيستحيل أن يوجب الله عليه شيئاً ويسلبه أهلية التملك، فتعين كونها من مال السيد والوجوب عليه يخرجه من أين شاء . وكذا الكلام في المهر .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط[3] ، وهو أنه في كسب العبد ، بمعنى أنـه

---

١) السرائر : ٣١٦ .

٢) القواعد ، المقصد الثانى فى نكاح الاماء من كتاب النكاح .

٣) المبسوط ١٦٦/٤ ، ١٦٧ .

يجب على العبد الاكتساب لاداء المهر والنفقة . قال: فان لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق برقبته لان الوطى في النكاح بمنزلة الجناية ، ومنهم من قال يتعلق بذمته لانه حق لزمه باختيار من له الحق فكان في ذمته كالقرض .

قال : والاول أليق بمذهبنا ، فمن قال يتعلق برقبته على ما اخترناه قال ان أمكن أن يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل ، وان لم يكن بيع كله كما قيل في الجناية ووقف ثمنه فينفق عليها منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى سيد آخر . هذا لفظه .

وفيه نظر، لانه بعد البيع صار لغير البائع فلاينفق من ماله عند اجازة الثاني للنكاح ، وانما يتصور ذلك في النفقة السالفة الواجبة في ملكه، ولفظه : لايعطى ذلك وان لم يجز الثانى فلانكاح ولانفقة .

(الثالث) قول ابن حمزة، وهو أنه ان كان العبد مكتسباً تخير السيد بين جعلها في كسبه أو في خالص ماله ، وان لم يكن مكتسباً فعلى السيد . واختاره العلامة في المختلف .

(سؤال) : هل بين هذا القول والقول الاول فرق أم لا ؟ « جواب » يمكن الفرق من وجوه :

« الاول » ـ أن يكون على الاول المهر والنفقة ثابتين في الذمة ابتداء ، وعلى الثالث لابل مع عدم الكسب .

« الثاني » ـ أنه على الثالث يكون للسيد الخيار في التعيين ، فمع تعيينه في الكسب لم يكن للزوجة أو لسيدها الامتناع، وعلى الاول لها الامتناع والمطالبة للسيد .

« الثالث » ـ أنه على الثالث لو عين في الكسب ومكنه منه حتى أخل العبد بالتكسب مهانة لم يكن السيد عاصياً وللحاكم اجبار العبد على التكسب لحق الزوجة مع سؤالها ذلك ، وعلى الاول الزام السيد لو امتنع العبد .

واذا كان أحد الابوين حراً فالولد حر الا أن يشترط المولى رقيته ، على تردد .

قوله: واذاكان احدالابوين حراً فالولدحرالاان يشترط المولى رقيته على تردد

هنا مسألتان :

(الاولى) اكثرالاصحاب بل الاجماع حاصل اليوم على أنه اذا كان أحد الابوين حراً انعقد الولدحراً تبعاً لاشرف الطرفين ، لاصالة عدم الرقية خرج منه ولدالمملوكين بالاجماع فيبقى الباقي على أصله، ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام : اذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار واذا تزوج الحر الامة فولده أحرار[1] . ومثله رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام[2] وكذا رواية ابن ابى عميرعن بعض اصحابنا عنه عليه السلام أيضاً[3] .

وقال ابن الجنيد : انه رق الاأن يشترط الحرية ، لانه نماء المملوك فيتبعه في الملك ، واذا اجتمع حقان في شيء غلب حق العبد على حق الله تعالى ، ولرواية ابى بصير[4] .

وفيه نظر ، لانه أيضاً نماء الحرفيرجح لاشرفيته ، والرواية مقطوعة .

(الثانية) لواشترط مولى المملوك رقيته يصيررقاً أم لا ؟ تردد المصنف، من

---

١) الاستبصار ٢٠٣/٣ ، التهذيب ٣٣٦/٧ ، الكافى ٤٩٢/٥ .

٢) التهذيب ٣٣٦/٧ ، الاستبصار ٢٠٣/٣ .

٣) التهذيب ٣٣٦/٧ ، الكافى ٤٩٣/٥ ، الفقيه ٢٩١/٣ .

والرواية هكذا فى الاخير : الرجل الحريتزوج بأمة قوم الولد مماليك اوأحرار ؟ قال : الولداحرار . ثم قال : اذا كان احدوالديه حراً فالولد حر. وليس «الحر» فى الاول وايضاً ليس « الولد احرار » بعد قال فى الاولين . وايضاً فيهما « فالولداحرار » .

٤) التهذيب ٣٣٦/٧ ، الاستبصار ٢٠٢/٣ .

ولو تزوج الحر أمة من غير اذن مالكها ، فان وطئها قبل الاجازة عالماً فهوزان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر .

ويسقط الحد لو كان جاهلا دون المهر ، ويلحقه الولد، وعليه قيمته يوم سقط حياً .

وكذا لوادعت الحرية فتزوجها على ذلك .

وفى رواية : يلزمه بالوطء عشر القيمة ان كانت بكراً ، ونصف العشر لو كانت ثيباً .

ولوأولدها فكهم بالقيمة .

عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1] . ومن قول الصادق عليه السلام: لايملك ولد حر[2] بالرفع والتنوين فيهما .

وقدنص عليه ابن ادريس، ومن أضاف فقدوهم. ولانه نوع من التمليك، وكما لايصح أن يملك الانسان ولده غيره لانه لايملكه ، فكذا صورة النزاع لعدم الفرق بينهما.

قوله: ولوتزوج الحرامة من غيراذن مالكها فان وطئها قبل الاجازة عالماً فهوزان والولد رق للمولى وعليه الحد والمهر، ويسقط الحد لوكان جاهلا دون المهر، ويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً. وكذا لوادعت الحرية فتزوجها على ذلك، وفى رواية يلزمه بالوطى عشر القيمة ان كانت بكراً ونصف العشر لوكانت ثيباً ، ولواولدها[3]) فكهم بالقيمة

---

١) الكافى ١٨٧/٦ ، التهذيب ٢٢/٧ .

٢) التهذيب ٣٥٠/٧ ، الاستبصار ٢١٧/٣ .

٣) اى ولواولدها اولاداً وجب عليه فكهم بالقيمة ، وهى قيمة يوم سقوطهم حياً .

ولوعجز سعى فى قيمتهم ، ولو أبى عن السعى قيل : يفديهم الامام ، وفى المستند ضعف . ولولم يدخل بها فلا مهر .

ولو عجز سعى فى قيمتهم ، ولوابى عن السعى قيل يفديهم الامام ، وفى المستند ضعف . ولولم يدخل بها فلامهر

تنقيح هذا الكلام يتم بمسائل :

(الاولى) كون الواطى قبل الاجازة عالماً ، وهوينقسم أقساماً :

«١»- يكون عالماً بالرقية والتحريم وهي أيضاً عالمة، ولا كلام في كونهما زانيين والولدرقاً وفي ثبوت الحد عليهما. وهل عليه مهرأم لا ؟ أطلق المصنف ثبوته ، ولا كلام فيه مع اكراهها ، أما مع المطاوعة ففيه نظر من كونه عوضاً للبضع المملوك للسيد فيجب، ومن كونها بغياً ومهر البغي منهي عنه . وهوالحق وعليه الفتوى.

«٢» - عالماً بالرقية دون التحريم . وهذا قال ابن حمزة انه غيرزان فيلحق معه النسب ويلزم المهر وقيمة الولد . والحق أنه ان كان الجهل ممكناً في حقه فهو كما قال والافهو كالقسم الاول .

« ٣ » - كونه عالماً بالرقية والتحريم وهي جاهلة ، فمع اكراهها لا كلام في الحد والمهرو كذا مع المطاوعة .

(الثانية) كونه جاهلا، ويسقط مع ذلك الحد دون المهرويلحقه الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً ، فان كانت هي مع ذلك جاهلة لم يتغير الحكم، وان كانت عالمة فلا كلام في المهر مع الاكراه ومع المطاوعة فلامهر لكونها بغياً .

لكونه كالمتلف مال غيره من دون طيب نفسه والولد نماء الجارية وتابع لها . واما لوسقط ميتاً ليس مالا .

(الثالثة) قوله لو ادعت الحرية فتزوجها على ذلك. ظاهره العطف على الصورة الاخيرة، وهي صورة الجهل، ولا كلام في ثبوت الاحكام المذكورة. ويحتمل عطفه على جملة مـا تقدم، فمن ذلك كونه عالماً بالرقية والتحريم فتدعي هـي الحرية ببينة ثم يظهر أنهما شاهدا زور. فالحكم أيضاً كذلك، لحصول الشبهة أما لو بنى على ظاهر دعواها لامكان صدقها فهل يكون شبهة؟ الاقوى عدمه بل هو كصورة العلم.

(الرابعة) ان المصنف حكم بثبوت المهر في التقادير المذكورة وأطلق، والمراد به على ذلك الاطلاق هو المثل الا في صورة دعواها الحرية فانه المسمى فيه.

ثم ذكر أنه العشر أو نصفه على تقديري البكارة وعدمها، وهذا مذهب الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة، والرواية في التهذيب عن محمد بن يعقوب رفعها الى الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام الى أن قال: وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر قيمتها ان كانت بكراً وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها[2].

والاولى أنه يلزمه أقل الامرين، تمسكاً في نفي الزائد بالاصل وعدم الدليل على خلافه.

(الخامسة) أنه لو عجز عن قيمة الولد سعى الاب، ومع امتناعه يفكهم الامام من سهم الرقاب. وهو قول الشيخ في النهاية[3] والقاضي، والمستند رواية سماعة عن الصادق عليه السلام التي يقول فيها: فان أبى الاب السعي فعلى الامام أن

---

١) النهاية: ٤٧٧.
٢) الكافي ٥/٤٠٤، التهذيب ٧/٣٤٩، الاستبصار ٣/٢١٦.
٣) راجع المصدر السابق من الكتاب.

ولو تزوجت الحرة عبداً مع العلم فلا مهر وولدها رق ، ومع الجهل يكون الولد حراً ولا يلزمها قيمته .

ويلزم العبد مهرها ان لم يكن مأذوناً ويتبع به اذا تحرر .

ولوتسافح المملوكان فلا مهروالولد رق لمولى الامة ، وكذا لوزنى بها الحر .

يفديهم ولايملك ولد حر[1] .

ومنع ابن ادريس، لان السهم مختص بالعبيد وهم غيرعبيد، ولضعف سماعة قال : بل الحق أن القيمة في ذمة الاب لانه هوالذي حال بين مولى الجارية وبينهم .

واعلم أن الرواية لا تدل على ما قاله الشيخ ، وفهمه ابن ادريس وزيفه ، لانها تضمنت مجرد الافتداء، وهوأعم من كونه من سهم الرقاب أوغيره، فيجوز أن يكون من بيت المال لانه من المصالح .

ثم ان استسعاء الاب مع عجزه منظورفيه ، لانه دين ثبت في ذمته فينظربه مع العجز، لعموم « فنظرة الى ميسرة »[2] قال العلامة : المدفوع الى المولى عوض عن رقبة من شأنها أن تقوم وتزال يد المولى عنها فيدخل تحت قوله تعالى« وفي الرقاب »[3] .

قوله : ولوتزوجت الحرة عبداً مع العلم فلامهر وولدها رق ، ومع الجهل يكون الولد حراً ولايلزمهاقيمته ويلزم العبد مهرهاان لم يكن مأذوناً ويتبع به اذا تحرر

---

١) التهذيب ٣٥٠/٧ ، الاستبصار ٢١٧/٣ .

٢) سورة البقرة: ٢٨٠ .

٣) سورة البقرة : ١٧٧ ، سورة التوبة : ٦٠ .

ولو اشترى الحر نصيب أحد الشريكين من زوجته بطل عقده .

ولو أمضى الشريك العقد لـم يحل وطؤها ، وبالتحليل رواية فيها ضعف .

هذه المسألة تخالف ما قبلها في أمرين : « الاول » في سقوط الحد مـع العلم بالرقية مع كون العقد ليس بمجرده شبهة مع العلم بحصول الفرق بينهما لضعف عقلها وعدم مخالطتها أهل الشرع فيكون العقد شبهة بالنسبة اليها في سقوط الحد . « الثاني » في عدم لزوم القيمة لهـا مع الجهل ، وذلك لاصالة براءة الذمة و كون الحر لايملك، فلايكون له قيمة .

وتوافقها فـي رق الولد لمولى العبد مع العلم ، لانه نماء ملكه فيتبعه لعدم صلاحية حرية الام للمعارضة بسبب علمها، ولذلك لم يكن لها مهرفي ذمته يتبع به لانها ضيعت حقها بسبب علمها بعدم صلاحية ذمته للتعلق .

قوله : ولو اشترى الحر نصيب احد الشريكين من زوجته بطل عقده ولوامضى الشريك العقد لم يحل وطؤها وبالتحليل رواية فيها ضعف

أما الاول ـ وهوبطلان العقد مع الشراء ـ فلئلا يلزم تبعض البضع بحيث يستبيح بضعها بالعقد وبالملك ، والبضع لايتبعض بـل يستباح اما بالعقد لاغير أوالملك لاغير، لقوله تعالى « الاعلى أزواجهم أوما ملكت أيمانهم »[1] حصر الاباحة في الامرين على سبيل منع الخلوفي الاستباحة ومنع الجمع بينهما .

وأما الثاني ـ وهوأنها هـل تحل بامضاء الشريك ذلك العقد أم لا ـ قـال الشيخ في النهاية[2] وتبعه القاضي أنه اذا رضي مالك نصفها بالعقد صح ويكون

---

١) سورة المؤمنون : ٦ .

٢) النهاية : ٤٨٠ .

وكذا لو كان بعضها حراً .

ولوهايأهــا مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في

عقداً مستأنفاً. وقال ابن ادريس[1] لايجوزذلك بل كان ينبغي أن يقول « أوبرضى مالك نصفها بأن يبيحه وطى مايملكه منها فيطأها بالملك والاباحة » .

ومنعه المصنف بأن علة التبعيض حاصلة ، فان الملك غير الاباحة. وهوقول ابن الجنيد .

وفيه نظر ، فانانمنع التبعيض في الملك والاباحة، بل ذلك حاصل في الملك والعقد لاختلاف الحكم فيهما، فان العقد يتبعه المهر والحصروالقسمة والطلاق والعدة وغيرذلك ولايتبع الملك شيء من ذلك فاختلفا . وليس كذلك الملك والاباحة ، فانه لااختلاف بينهما في هذه الاحكام . وأيضاً الاباحة نوع تمليك والالم تجزفتدخل تحت الملك، فلايكون تبعض في المعنى ولافي الحكم .

وتؤيده الرواية المشاراليها، رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن جارية بين رجلين دبراها جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه . فقال: هي حلال له[2] . قال المصنف: انها ضعيفة بسبب ضعف بعض رجالها . قلنا : ينجبرضعفها بموافقة النظر .

قوله : وكذا لوكان بعضها حراً

هذا عطف على قوله « لم يحل » ، أي لو كان بعضها حراً واحلته نفسها لم يحل ، وهواجماعي .

قوله : لوهاياها[3] مولاها على الزمان ففي جواز العقد عليها متعة في

---

١) السرائر : ٣٠٦ .

٢) الفقيه ٣/ ٢٩٠ .

٣) تهايأ القوم تهايوءاً: اذا جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة . وهايأته

زمانها تردد ، أشبهه : المنع .

ويستحب لمن زوج عبده أمته أن يعطيها شيئاً .

ولومات المولى كان للورثة الخيار فـي الاجازة والفسخ ، ولاخيار للامة .

ثم الطوارىء ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق .

زمانها تردد اشبهه المنع

اللام في « العقد » يدل من الضمير ، يعني جوازعقده ، والضمير راجع الى مولاها .

ومنشأ التردد مـن فتوى الشيخ بالجواز اعتماداً على الرواية المذكورة آنفاً، فان في آخرها « فان أحب أن يتزوجها متعة فيذلك اليوم الذيتملك نفسها فليفعل »، ومن لزوم التبعض المتقدم، ولانه لم يخرج عن كونه مالكاً بالمهاياة. وهوبمنع من العقد ، لاستحالة العقد على ملكه .

ان قلت : انها في تلك الايام مالكة لمنا فعها فصح العقد عليها سيما طلبـاً للفائدة كما صح اجازتها للعمل .

قلت: نمنع دخول منفعة البضع تحت المهاياة، والالصح أن تتمتع بغيره في أيامها ، وهوباطل .

قوله : ويستحب لمن زوج عبده امته ان يعطيها شيئاً

هنا مسألتان :

مهايئة وقدتبدل للتخفيف فيقال هايته مهاياة والمهاياة فى كسب العبد انهمايقتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه ويكون كسبه فى كل وقت لمن ظهرله بالقسمة .

أما العتق: فاذا أعتقت الامة تخيرت فى فسخ نكاحها وان كان الزوج حراً على الاظهر .

(الاولى) قال الشيخان[١] والتقي والقاضي وابن حمزة ذلك زواج حقيقي وقال ابن ادريس[٢] انه غيرحقيقي بل مجاز من قبيل الاستعارة والالروعي فيه الايجاب والقبول من موجب وقابل بألفاظ ينعقد بها النكاح وليس كذلك .

والحق الاول، لانالاصل فيالاطلاق الحقيقة ، والاصل أيضاً في استباحة الفرج هو العقد ، فيكون زواجاً يفتقر الى الايجاب والقبول ، وكل من العبد والامة محل قابل له . وتؤيد ذلك الرواية عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن الرجل كيف ينكح عبده أمته ؟ قال : يجزيه أن يقول « أنكحتك فلانة »[٣] .

(الثانية) قال الجماعة المذكورون يجب أن يعطي السيد أمته شيئاً فيكون مهراً ، ومنع ابنادريس الوجوب استسلافاً لكونه غير نكاح حقيقي فلايقتضي مهراً .

والحق استحبابه لما قال، بل الاصالة عدم الوجوب وعدم ملك الامة للمهر بل هو ملك سيدها ولايثبت للشخص شيء فى ذمة نفسه . نعم يستحب ذلك جبراً لقلب الامة وتطييباً له ورفعاً من منزلة العبد عندها ، فيكون جبراً أيضاً لقلبه .

قوله : فاذا اعتقتالامة تخيرت فى فسخ نكاحها وان كان الزوج حراً على الاظهر

---

١) النهاية : ٤٧٨ ، المقنعة : ٧٩ .

٢) السرائر: ٣٠٦ .

٣) الفقيه : ٢٨٤

هنا فوائد :

(الاولى) الاصل في فسخ الزوجة الامة اذا أعتقت أن بريرة كانت أمة لقوم فاشترتها عائشة وأعتقتها و كانت مزوجة بشخص اسمه معتب، فقال لها النبى صلى الله عليه وآله وسلم : ملكت بضعك فاختاري[1] .

(الثانية) ثبوت هذا الخيار من حكمة الشارع، لان الولاية عليها وانكاحها ولاية اجبارية، فلولم يكن لها خيار بعد عتقها لزم اضرارها، خصوصاً ونكاحها ليس لها فيه مهر .

(الثالثة) لاخلاف في ثبوت الخيار مع كون الزوج عبداً ، أما اذا كان حراً فهل لها خيار أم لا ؟ قال الشيخ[2] في المبسوط والخلاف بعدمه ، لان العقد قد ثبت والخيار يحتاج الى دليل . نعم خرج العبد للاجماع فيبقى الباقي على أصلـه .

وقال في النهاية[3] والقاضي والمفيد وابن الجنيد وابن ادريس[3] بثبوته ، واختاره المصنف والعلامة[4] وهو الحق لوجوه :

« الاول » ـ ان المقتضى للخيار مطلقاً هو أنها ملكت نفسها لاغير، لما قلنا من لفظ الحديث . واختلاف الحرية والرقية لادخل له في الخيار ، لان اتفاق الزوجين فيهما ليس شرطاً اجماعاً ورضى الحرة شرط في العقد اجماعاً ، وهذا المقتضي ثابت فيما اذا كانت تحت حر فيكون لها الخيار .

« الثاني » ـ ان رضي الحر شرط في صحة العقد ابتداء فكذا في أثناء العقد، لاتفاق العلة وهي لزوم ضررها .

---

١) راجع الوسائل ١٤/٥٥٩ .
٢) المبسوط ٤/٢٥٨ .
٣) النهاية : ٤٧٩ ، السرائر : ٣٠٦ .
٤) المختلف ، الجزء الرابع : ١٤ .

« الثالث » ـ ان الخيار يثبت للمشتري ولا مقتضي له سوى تجدد ملكه وأنه قد ملك نفسها ، فكذا اذا أعتقت على وجه الاولى ، لان ملكها نفسها أقوى من ملك المشتري لها ، للزوم الاول وعروض الثاني .

« الرابع » ـ الروايات الدالة على ذلك ، كرواية ابى الصباح صحيحاً عن الصادق عليه السلام : ايما امرأة أعتقت فأمرها بيدها ان شاءت قامت معه وان شاءت فارقته[1] . وهو عام في الحر والعبد .

ورواية ابن بكير عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه السلام في رجل حر نكح أمة مملوكة ثم أعتقت قبل أن يطلقها . قال: هي أملك ببضعها[2] .

وعن محمد بن آدم عن الرضا عليه السلام[2] بمعناه ، وكذا عن زيد الشحام عن الصادق عليه السلام[2] .

« الخامس » ـ ان زوج بريرة كان حراً فيكون نصاً في الباب : أما الاول فلما رواه ابراهيم عن الاسود عن عائشة أنها قالت : خير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بريرة وكان زوجها حراً .

لا يقال : روى ابن عباس أنه كان عبداً أسود يقال له معتب ، كأني انظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تجري على لحيته ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للعباس : ياعباس ألا تعجب من حب معتب بريرة ومن بغض بريرة معتباً . فقال له النبي : لوراجعته فانه أبوولدك . فقالت : يارسول الله تأمرني بأمرك . فقال: لا انما أناشافع . فقالت: لاحاجة لي فيه[3] .

---

١) التهذيب ٧/٣٤١ .

٢) التهذيب ٧/٣٤٢ .

٣) سنن ابن ماجة ١/٦٧٠ ، ٦٧١ ، وفيه « مغيث » بالميم وبعده الغين مع الياء التحتانية وآخره الثاء المثلثة، و« بريرة » بفتح الباء وكسر الراء بعده الياء التحتانية وبعده الراء المفتوحة .

وقال الشيخ في الخلاف[1] : روي عن عائشة في خبر بريرة أن زوجها كان عبداً وأنها قالت لوكان حراً لم يخيرها .

لانانقول : هذان الحديثان تضمنا رفع الحرية والاول أثبتها والمثبت مقدم على النافي كما تقرر في الاصول ، مع أن الحرية هي الاصل . وأيضاً خبر ابن عباس ليس فيه دلالة على اختصاص الحكم بالعبد ونحن لا ننفيه .

اذا عرفت هذا فللمسألة فروع هي بالمطولات أنسب لكننا نذكر أهمها :

(الاول) ان هذا الفسخ فوري ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ملكت بضعك فاختاري ، أتى بالفاء المقتضية للتعقيب. قيل استشفع بالنبي « ص » فشفع فلم تقبل وهو يستلزم التأخير . أجيب بالمنع ولوسلم فالتأخير لجهلها بالخيار ، لقولها « أشافع انت أم آمر » .

(الثاني) لوأخرت الخيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعاً .

(الثالث) لوعلمت العتق وأخرت لجهل أصل الخيار احتمل السقوط، لان جاهل الحكم لايعذر. ويحتمل عدمه، وهو الحق لانه حكم خفي فلولم يعذرفيه لزم الحرج .

(الرابع) لوعلمت العتق والخيار وأخرت لجهل الفورية احتمل المساواة لجهل أصل الخيار، لاتحاد طريق المسألتين ،فانه انما عذرت ثمة لجهل الحكم ، فالفورية كذلك لانه أخفى ، وان لم يعذر لجهل الحكم سقط في المسألتين . فعلى المساواة يحتمل السقوط في المسألتين وعدم السقوط فيهما .

ويحتمل الفرق، وهو العذر بجهل الخيار وعدمه لجهل الفورية، لان التأخير مع جهل الخيار لايعد اهمالا بخلاف العلم بالخيار وجهل الفورية فانه يعد تقصيراً.

١) الخلاف ٢/٣٩٩ .

ولاخيرة للعبد لوأعتق ولالزوجته ولو كانت حرة .

وكذا تتخير الامة لو كانا لمالك فأعتقا أوأعتقت .

ويجوز أن يتزوجها ويجعل العتق صداقها .

ويشترط تقديم لفظ «التزويج» في العقد .

وقيل : يشترط تقديم العتق .

وأم الولد رق وان كان ولدها باقياً ، ولومات جازبيعها .

وتنعتق بموت المولى من نصيب ولدها .

قوله : ولاخيرة للعبد لوأعتق ولالزوجته ولوكانت حرة .

هذا هو المشهور بين الاصحاب. وقال ابن الجنيد بثبوت الخيار هنا أيضاً قياساً على الامة . وهو باطل .

وقال ابن حمزة ان كان سيده خيره على النكاح فله الخيار اذا أعتق والافلا . وهو أيضاً فاسد ، لان عقد المجبر ان كان صحيحاً فلا فرق بينه وبين غيره والا فلانكاح فلاخيار، فاذاً الحق هو المشهور تمسكاً بأصالة بقاء العقد وعدم المعارض وأيضاً رضيته عبداً فبالاحرى أن ترضاه حراً.

هذا مع أن الحكمة في فسخ الامة ليست حاصلة هنا لكون الفراق مقدوراً له اذ الطلاق بيد من أخذ بالساق .

ان قلت : اذا كان الطلاق بيده فقد ثبت أن له الخيار.

قلت : ليس الكلام في الطلاق بل في حدوث الخيار بسبب العتق كما حدث للامة .

قوله : ويجوز ان يتزوجها ويجعل العتق صداقها ويشترط تقديم لفظ التزوج ، وقيل يشترط تقديم العتق

أجمع أصحابنا على أن هذا الحكم مـن القواعد المشروعة العامة وأنه غير مختص بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم ، خلافاً لاكثر الجمهور فانهم جعلوه من خصائصه «ص» ، لما فعل ذلك في صفية بنت حيي بن أخطب حيث اصطفاها من غنيمة خيبر ثم أعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها بعد أن حاضت حيضة . اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

(الاولى) كيفية الصيغة هنا، فقال المفيد[1] والتقي: وصيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها «قد أعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك لوجه الله تعالى» وظاهر عبارات باقي الاصحاب أنه يكتفي في عتقها أن يقول « تزوجتك وجعلت مهرك عتقك » كما أنه لو قال لها « تزوجتك وأصدقتك هذا الثوب » فانها تملكه بالقبول، فكذا اذا جعل العتق مهراً فانها تملك نفسها فتنعتق .

ويترجح قول المفيد بأن العتق لايصح الا بالصيغة الصريحة وهي التحرير أو الاعتاق ،ولاصالة بقاء الملك الى علم السبب. وأيضاً ملكها نفسها غير متحقق، لان الملك نسبة لابد فيه من تغاير المضافين بالذات لا بالاعتبار . قال السعيد[2]: والحق أن المهر هنا فك ملك لاتمليك .

(الثانية) قال الشيخ[3] في النهاية والخلاف وابن بابويه والقاضي وابن حمزة وابن ادريس يشترط تقديم التزويج على العتق والامضى العتق وكان لها الخيار بين الرضا بالعقد والامتناع من قبوله . وتؤيده رواية ابن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لامته «اعتقتك وجعلت مهرك عتقك» . فقال:

---

١) المقنعة : ٨٦ .

٢) الايضاح ١٥٥/٣ .

٣) المبسوط ١٧٥/٤ ، قال فيه : وانما ينعقد اذا قال تزوجتك وجعلت عتقك مهرك فيصح العقد وينفذ العتق .

عتقت وهي بالخياران شاءت تزوجته وان شاءت فلا، فان تزوجته فليعطها شيئاً ، وان قال «قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك» فان النكاح واقع ولايعطيها شيئاً[1]

وقال الشيخ في الخلاف يشترط تقديم العتق . وهو ظاهر المفيد والتقي ، واختاره العلامة والاكان عاقداً على أمته وهوباطل ، ولعموم الروايات .

ولانسلم ثبـوت الخيار، لان الكلام لايتم الابآخره، كما اذا قال « أعتقتك وعليك خدمة سنة » فانه يلزمها الخدمة وان تأخرت عن العتق.

وأجاب عن رواية ابن جعفر بالقول بموجبها، فانه ليس فيها عقدالنكاح بل قال « أعتقتك وجعلت صداقك عتقك »، وهذالاينعقد به النكاح فيمضي العتق وتكون مخيرة بين الرضا والامتناع ، وأما اذا قال «أعتقتك وتزوجتك وجعلت مهرك عتقك » فلايثبت لها الخيار .

(الثالثة) هل يشترط قبولها أم لا؟ استشكله العلامة في القواعد[2] من أنه عقد لفظي وكل عقد لفظي لابد فيه من القبول لفظاً، ولان حريتها مقدرة حال النكاح لامتناع تزويج الانسان بجاريته ، فالحرية شرط للنكاح والشرط متقدم بالطبع، فاعتبر قبولها . ولان الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها ، والقبول منها وان كان في اللفظ قبولا فهوايجاب في الحقيقة ، وقبولها كاشف عن صحة العتق وصحة قبول السيد. ومن أن سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لايتقدم على السبب ونكاح الأمة بيدالسيد ، فقوله « تزوجتك » لفظ يدل صريحاً بصيغة شرعية على رضا من اعتبررضاه في قبول النكاح وايجابه، فاجتمع فيه الوجهان باعتبارين . وصح تزويج الامة في هذه الصورة بالنص واجماعنا ، لانها تؤل الى الحرية بلافصل .

---

١) قرب الاسناد: ١٠٩ ، الفقيه ٣/ ٢٦١ ، الاستبصار ٣/ ٢١٠ ، التهذيب ٨/ ٢٠١.

٢) القواعد، المطلب الاول فى العتق من الفصل الثانى من المقصد الثانى من كتاب النكاح .

ولان سبب العتق جعله مهراً وسببه العقد ، فيتقدم العقد عليه بالعلية وهو شرط اعتبار قبولها فيتأخر عنه بالطبع ، فلو شرط فيه دار.

واختار في المختلف عدم الاشتراط . وهو الحق ، لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما فعل ذلك في صفية لم ينقل قبولها ، اذ لو قبلت لنقل.

ان قلت : انه من خصائصه .

قلت : لو كان كذلك لوجب بيانه والا لوجب الاقتداء به ، لعموم دليل التأسي .

(الرابعة) لوطلقها قبل الدخول قال الشيخ رجع نصفها رقاً واستسعت فيه، فان أبت السعي كان له يوم ولها يوم ، محتجاً بالروايات ، كرواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام[1] ورواية ابي بصير[2] ورواية عباد بن كثير كلاهما أيضاً عنه عليه السلام[3] .

وقال ابن الجنيد وابن بابويه والقاضي وابن ادريس يمضي عتقها ويرجع عليها سيدها بنصف قيمتها ، لان الحر لايعود رقاً . وهوالحق .

واختاره العلامة ، قال : تؤيد ما اخترناه رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: رجل أعتق مملوكة له وجعل صداقها عتقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها. قال : قد مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمة ثمنها تسعى فيه ولا عدة عليها[4] . وأجاب عن روايات الشيخ : بأن يونس كان فطحياً ، ورواية ابى بصير مرسلة ، وعباد عامي .

قلت: ويمكن الحكم بتخيير المولى بين الامرين، لانه ملك نصفها بالطلاق

---

١) التهذيب ٧/٤٨٢ ، ٨/٢٠١ ، الفقيه ٣/٢٦١ .

٢) التهذيب ٨/٢٠٢ ، الاستبصار ٣/٢١٠ .

٣) التهذيب ٨/٢٠٢ ، الاستبصار ٣/٢١١ .

٤) الفقيه ٣/٢٦١ ، التهذيب ٧/٤٨٢ .

كما لو أصدقها زوجته، «والناس مسلطون على اموالهم»[1]، وملكها نفسها بالعتق لوسلم فهو ملك متزلزل وانما يستقر بالدخول، والذى يمتنع عوده رقاً من الاحرار ما استقرت حريته لامطلقاً.

نعم الاولى ما قاله العلامة، خصوصاً اذا شرطنا تقدم صيغة العتق، كماقال المفيد والتقي وان ذلك فك ملك لاتمليك.

(الخامسة) أفاد المصنف في النكت هنا سؤالات:

«١» ـ ان العقد يمتنع لايمكن تصوره، لانها مملوكة البضع بغيره.

«٢» ـ أن المهر يجب تحققه قبل العقد، وهو غير متحقق على تقدير تقديم التزويج الذي هو مذهب الاكثر.

«٣» ـ يلزم منه الدور، لان العقد يتوقف على المهر الذي هوالعتق هنا، ويمتنع العتق الا بعد العقد.

وأجاب عن الاول بأنه بتقدير منا فاتها الاصول يجب المصيراليها، لتحقق مشروعيتها بالنقل المستفيض عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم وأهل البيت عليهم السلام. وزاد العلامة أنه لااستبعاد في صيرورة هذه المسألة أصلا مستقلا كما صار ضررالدية على العاقلة كذلك.

ثم قال المصنف: انما نمنع من العقد على مملوكته مع بقاء الرقية وليست باقية هنا، لان العتق والعقد متقارنان، ولانه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم ملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه، لانها تصيرحرة.

وأجاب عن الثانية بمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد والسند المفوضة، فان أريد بالتحقق وجود شيء ماله صلاحية الاصداق قلنا بموجبه وهنا العتق له صلاحية ذلك ثم ان العتق يقارن العقد يجري مجرى الموجود.

---

١) البحار ٢٧٢/٢.

ولو عجز النصيب سعت فى المتخلف .

ولا يلزم الولد السعى على الاشبه .

وتباع مع وجود الولد فى ثمن رقبتها ان لم يكن غيرها .

ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت .

وعن الثالثة بأن الدور غير لازم ، لانا نمنع توقف العقد على المهر وان استلزمه ، فان العقد عليها في نفسه جائز ولها صلاحية الاصداق بغيرها ، فلم لا يجوز جعلها أوجعل فك ملكها مهراًلها .

قوله : ولو عجز النصيب سعت فى المتخلف، ولا يلزم الولد السعى على الاشبه

هذا قول ابن ادريس[١] ، لعدم الدليل على وجوب السعي على ولدها مع أصالة البراءة من ذلك .

وقال الشيخ في النهاية[٢] يلزمه السعي، لرواية يونس بن يعقوب[٣]. وليس فيها دلالة على مراده، وانما قال «فيها وان كان لها ولد وله مال فأدى عنها نصف قيمتها واعتقت»، وهذه العبارة لاتدل على الالزام بل على التبرع ولا نزاع فيه. ويوافق مضمونها عبارة ابن الجنيد ، وهي : ان كان لها ولد فأدى نصف قيمتها أعتقت .

قوله : ولو اشترى الامة نسيئة فأعتقها وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت

---

١) السرائر : ٣٤٨ .

٢) النهاية : ٥٤٧ .

٣) قدمرت قبل صحيفتين .

ثـم مات ولـم يترك ما يقوم بثمنها فالاشبه: أن العتق لايبطل ولا يرق الولد .

وقيل : تباع فی ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بـن سالم .

ثم مات ولم يترك مايقوم بثمنها فالاشبه أن العتق لايبطل ولا يرق الولد ، وقيل تباع فی ثمنها ويكون حملها كهيئتها لرواية هشام بن سالم

الاول ـ وهوما أفتى به المصنف ـ قول ابن ادريس[1]، لانالشراء صحيح فيكون العتق والنكاح أيضاً صحيحين فلاترد رقاً، وكذا الولد حاصل من حرين فيكون حراً .

والثاني قـول الشيخ في النهاية[2] وابن الجنيد واتباعهما ، اعتماداً على رواية هشام بن سالم عن ابى بصير قال : سئل الصادق عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكراً الى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر. فقال الصادق عليه السلام: ان كان الذي اشتراها الى سنة له مال أو عقدة[3] تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها ، فان عتقه ونكاحه جائز وان لم يملك مالا أو عقـدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلا لانه اعتق مالا يملك وأرى انه رق لمـولاها الاول . قيل له : فان كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوجها ما

---

١) السرائر : ٣٤٨ .

٢) النهاية : ٥٤٧ .

٣) العقدة بالضم : موضع العقد ، وهوما عقد عليه العقدة. وأيضاً : الضيعة ، وبمعنى المكان الكثير الشجرأو النخل أيضاً . وفى المثل «اءلف من غراب عقدة» لانه لايطير، ويقال للرجل اذا سكن غضبه : قد تحللت عقده .

حال ما في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع أمه كهيئتها[1].

لكن عبارة المصنف في نقل هذا القول ليست موافقة للرواية ولا لقول الشيخ في النهاية وابن الجنيد ، فانه ليس في شيء من ذلك أنها تباع في ثمن رقبتها ، بل قال في الرواية « ان عتقه ونكاحه باطل لانه عتق مالا يملك » ، وكذا في عبارة الشيخ في النهاية فانه قال : كان العتق والعقد فاسدين وترجع الامة الى مولاها رقاً. وكذا ابن الجنيد ، بل قال ذلك تأويلا لقول الشيخ والرواية فان ام الولد اذا كانت في الرق تباع في ثمن رقبتها اذالم يكن سواها .

اذا عرفت هذا فلاشك أنهذه الرواية مع صحتها مخالفة للاصول الشرعية المقررة ، فيجب تأويلها ان أمكن التأويل أو اسقاطها ، اذ ليست دليلا قطعياً بل هي من الاحاد . فالمصنف قال : ان مع تسليمها يمكن استثناء هذا الحكم من الاصول لعلة غيرمعقولة ، لكنها خبرواحد لايعضده دليل، فالوجوع الى الاصل أولى. وغيره من المتأخرين أولوها،واختلفوا في تأويلها على وجوه نقلها الشهيد قدس الله روحه :

(الاول) تأويل العلامة ، وهوالحمل على وقوع التزويج والعتق في مرض الموت ، فان المنجزات تبطل مع وجود الدين المستغرق . قيل عليه : ان ذلك وان تم في الامة لكن لايتم في الولد ، لان غاية ما في الباب بطلان عتقها فتكون أمته ، واذا وطىء أمته لاينقلب ولده رقاً .

(الثاني) الحمل على فساد البيع وعلم المشتري به فيكون زانياً فتلحقه الأحكام المذكورة . وفيه أيضاً نظر ، فان في الرواية اذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح صحيحين ومع فساد البيع لايتم ذلك .

---

١) التهذيب ٢٠٢/٨-٢١٣، الكافي ١٩٣/٦ ، الاستبصار ١٠/٤ .

(الثالث) تأويل بعض المتفقهة أن العتق لم يقع للقربة بل مضارة ، ولا يتم أيضاً في الولد. قال السعيد[1] ليس في الرواية ما يدل على رقبة الولد، اذ ليس فيها الا أنه كهيئتها ، وهو أعم من أن يكون كهيئتها حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون حراً أو بعده فيكون رقاً ، ولا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات .

قال الشهيد ونعم ما قال : المفهوم من قوله « كهيئتها » ليس الا أن حكمه حكمها حال السؤال ، وقد حكم قبل ذلك أنها رق فتكون رقاً ، فهو دال على الرقية بالمطابقة .

أقول: لاشك أن الامام قال « الذي في بطنها مع أمه كهيئتها » ، وهو صريح في أنه اذا حكم بحريتها كان حراً واذا حكم برقيتها كان رقاً ، والا لم تتم المعية وأنه كهيئتها والفرض أنه كذلك .

ويخطر لي هنا أن بائع الامة ان علم أن المشتري لايملك شيئاً أصلا وظن موته بأمارة من مرض مخوف وشبهه فباعه على هذه الحال فقد أتلف ماله وصح الشراء والعتق ولا ترد الجارية اليه رقاً، وان لم يعلم فقره أوعلم ولم يحصل له أمارة ثبوت المشتري فلا يخلو : اما أن يحصل للمشتري مع علمه بفقر نفسه أمارة الموت من مرض مخوف وشبهه أولا ، فان كان الاول لم يصح عتقه ولا تزويجه لانه اضرار بالبائع وسعي في اتلاف ماله وعليه تحمل الرواية ، وان كان الثاني فالاولى صحة الشراء والعتق والتزويج لانه على رجاء من حصول مايؤدي به دينه .

---

١) الايضاح ١٦٠/٣ .

وأما البيع : فاذا بيعت ذات البعل تخير المشترى فـي الاجازة والفسخ تخيراً على الفور .

وكذا لو بيع العبد وتحته أمة. وكذا قيل لو كان تحته حرة لرواية فيها ضعف .

قوله : واما البيع فاذا بيعت ذات البعل تخير المشترى فى الاجازة والفسخ تخيراً على الفور ، وكذا لوبيع العبد وتحته امة ، وكـذا قيل لو كان تحته حرة لرواية فيها ضعف

لم نعلم خلافاً في ثبوت الخيار لمشتري الامة ، ومستنده رواية ابن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: طلاق الامة بيعها أو بيع زوجها[1].

وكذا لو بيع العبد وتحته امة، أما لو كان تحته حرة فقال ابن ادريس بعدمه تمسكاً بأصالة لزوم العقد وعدم التسليط على فسخه، ولتعلق حق الحرة به تعلقاً شرعياً ، ولا دليل على زواله . وحمله على الامة قياس باطل .

وطرد الشيخ ثبوت الخيار ، وتبعه القاضي وابن حمزة ، لما رواه الشيخ في الاستبصار عن موسى بن بكر عن محمد بن علي عن ابى الحسن عليه السلام قال: اذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما، وان زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما[2].

وليس التفريق بالطلاق ، لان الطـلاق بيـد الزوج فيكون بالبيـع ، وهو المطلوب .

قال ابن ادريس : انهـا شاذة أوردها الشيخ ايراداً لا اعتقاداً ، وقـد رجع

---

١) الفقيه ٣٥١/٣ ، الكافي ٤٨٣/٥ ، التهذيب ٣٣٧/٧ ، الاستبصار ٢٠٨/٣ .
٢) التهذيب ٣٣٩/٧ ، الاستبصار ٢٠٦/٣ .

عنها في المبسوط، فقال: وان كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باق بالاجماع.

والمصنف استضعفها بأن موسى واقفي .

واختار العلامة في المختلف قول الشيخ محتجاً مع الرواية المذكورة بأن تجدد الملك اما أن يقتضي الخيار أولا، وعلى التقديرين تلزم مساواة العبد الامة في الثبوت أوعدمه ، لكن المساواة فـي عدم الخيار بينهما باطلة اجماعاً فتثبت المساواة في الخيار ، وهو المطلوب .

ولانا لانسلم أنـه قياس ، ولانه لوفقد النص لكان حكم العبد مساوياً لحكم الامة، لان الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الاحكام كما لم يفرق في التقويم وغيره .

وقول الشيخ في المبسوط ليس رجوعاً عما قاله في النهاية، لان بقاء النكاح لاينافي الخيار للمشتري . وفيه نظر :

أما اولا: فلضعف الرواية كما عرفت ومنع دلالتها، لاحتمال أن يراد بالتفريق أمر العبد بالطلاق . ولااستبعاد فيـه ، فان طاعة مولاه واجبة عليه مطلقاً الا زمان أداء الفريضة . وأيضـاً لانسلم أن البيع تفريق ، لجواز امضاء المشتري العقد فيثبت .

وأما ثانياً: فلان قوله «بأن تجدد الملك اما أن يقتضي الخيار أولا» الى آخره أنا نمنع اقتضاء الثبوت أوعدمه مطلقاً، لجواز أن يكون لخصوصية الامة مدخل في الاقتضاء ولخصوصية العبد منع منه ، فلابد من الدلالة على نفي هذين .

وأما ثالثاً: فلانه اذا لم يكن قياساً فلابد له من دليل، وليس العقل ولا الاصل ولا الاستصحاب، فلابد من نص وليس الارواية ابن بكر وقد عرفت حالها أو رواية ابن مسلم ولاشك أن ظاهرها غير مراد ، لوجهين :

« الاول » ـ أنه يستلزم انحصار طلاقها فـي بيع أحدهما والالكان المتبدأ

ولو كانا لمالك فباعهما لاثنين فلكل منهما الخيار . وكذالو باع أحدهما لم يثبت العقد مالم يرض كل واحد منهما .

أعم من خبره، وهو باطل باجماع النحاة ، لكنه غير منحصر اجماعاً .

« الثاني » ـ ان بيع أحدهما لو كان طلاقاً لم يكن للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء بل كان يحتاج في الامضاء الى عقد جديد ، واذا لم يكن ظاهره مراداً لم يكن نصاً .

وأما رابعاً : فلان قوله «بقاء النكاح لاينافي الخيار» قلنا: ممنوع بل ينافيه، لان المشتري لوفسخ لم يبق النكاح فلايجوز الحكم ببقائه مطلقاً . والحاصل ان قول ابن ادريس غير بعيد من الصواب .

قوله: وكذا لو باع أحدهما لم يثبت العقد مالم يرض كل واحد منهما

الضمير في « أحدهما » للعبد والامة ، ولذلك يقرأ بفتح الدال ، والضمير في « منهما » للبائع والمشتري ، أي برضا كل واحد من البائع والمشتري . هكذا قال الشيخ في النهاية وتبعه القاضي .

وقال المفيد يكون للمشتري الخيار ، ولم يذكر حكم الاخر ، وكذا ابن حمزة .

وقال ابن ادريس في مسألة ما كان للمالكين فيبيع أحدهما بضم الدال لاأرى لرضا الذي لم يبع وجهاً ، لعدم تجدد ملكه ووقوع العقد منه أوبرضاه ، وانما أوجبنا الخيار للمشتري لانه انتقل الملك اليه وليس له بموجب ولاقابل ، وان كان المخالفون لايجعلون للمشتري أيضاً الخيار .

فعلى قوله لايشترط رضا البائع في مسألة الكتاب ، وعند الشيخ لابد من رضا البائع في مسألة الكتاب والذي لم يبع في مسألة المالكين فيبيع احدهما.

واختاره العلامة مستدلاً بأن الاغراض تختلف باختلاف الملاك، فربما يرضا ببقاء النكاح مع شريك دون شريك آخر فيشترط رضاه، وعلى قوله رحمه الله

ويملك المولى المهربالعقد ، فان دخــل الزوج استقر ، ولا يسقط لو باع .

أما لو باع قبل الدخول سقط ، فــان أجازالمشترى كان المهر له ، لان الاجازة كالعقد .

الفتوى .

قوله : ويملك المولى المهربالعقد، فان دخل الزوج استقرولايسقط لوباع، أما لوباع قبل الدخول سقط، فان اجاز المشترى كان المهرله لان الاجازة كالعقد

هذا مضمون كلام ابن ادريس ، فانه قال : اذا بـاع المولى الجارية ، قبل الدخول بها لم يكن له المطالبة بشيء من المهرلان الفسخ جاء مـن قبل مولى الجارية، وكل فسخ جاء من قبل النساء قبل الدخول بهن فانه يبطل مهورهن . وكذا ليس لمشتريها أيضاً المطالبة بالمهرالا أن يرضى بالعقد ، فان رضي كان رضاه كالعقد المستأنف ، فله المطالبة بالمهر ، فـان طلقها الزوج بعد الدخول استحقه كله، فان كان الزوج قد دخل قبل أن يبيعها مولاها الاول فان المهر للاول يستحقه جميعه ، لانه بالدخول يستقروله المطالبة به، فان رضي الثاني بالعقد لم يكن له مهرعلى الزوج ، لان عقداً واحداً لايستحق به مهران ، وان لـم يرض بالعقد الاول انفسخ النكاح وكان للمولى الاول المطالبة بكمال المهران لم يكن استوفاه .

وهذاكلام سديد لاغبارعليه. وقال الشيخ في النهاية: اذاقدم الزوج من المهر شيئاً ثم باع السيد الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهرولالمن يشتريها الاأن يرضى بالعقد . وتبعه القاضي .

وقال في المبسوط : فان كان الزوج قد دخل بها فقد استقرالمهر، فان كان السيد الاول قبضه فذلك له والا كان للثاني المطالبة به ، وان لم يكن دخل بها لم يجب على الزوج تسليم المهر ، وان كان قد قبضه استرده . ومعتمده رواية سعدان بن مسلم عن ابى بصير عن أحدهما عليهما السلام في رجل زوج مملوكته من رجل على أربعمائة درهم فعجل له مائتي درهم ثم أخرمنه مائتي درهم فدخل بها زوجها ، ثم ان سيدها باعها بعد من رجل لمن يكون المائتان المؤخرتان عنه؟ فقال : ان لم يكن أوفاها بقية المهرحتى باعها فلاشيء له عليه ولالغيره[1] .

وأولها العلامة بحمل الدخول على الخلوة بها دون الايلاج ، وحمل قوله « ان لم يكن أوفاها » أي ان لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيها المهر .

وفيه نظر: أما أولا فلانه تأويل بعيد لا يدل اللفظ عليه فيكون باطلا، وأما ثانياً فلانه يقتضي عدم مطابقة الجواب السؤال ، فان السؤال عن حكم الدخول والجواب عن عدم الدخول .

نعم أولها بعضهم بأن البيع حيلولة من المولى بين الزوج وبين البضع المملوك له بالعقد والمهر ، فلولزم الزوج مالم يقبضه من المهر لزم اضراره .

وفيه أيضاً نظر ، لان المهر يستقر بوطئة واحدة كما يجيء فلايكون المولى حائلا بينه وبين شيء يكون المهر موزعاً عليه حتى يكون غارماً ومضراً به ، وقد تضمنت الرواية الدخول صريحاً ، فيكون المهر مستقراً بذلك ، فالاولى حينئذ اطراحها لمنافاتها الاصول المقررة .

---

١) التهذيب ٨/٢٠٩ ، الفقيه ٣/٢٨٨ .

وأما الطلاق : فاذا كانت زوجة العبد حـرة أوأمة لغير مولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه اجباره.

قوله: اذاكانت زوجة العبد حرة اوامة لغيرمولاه فالطلاق بيده وليس لمولاه اجباره

هذا هوالمشهور بين الأصحاب وعليه الفتوى، ومستنده ما تقدم من حديث علي بن جعفرعن علي عليه السلام[1]. وما رواه ليث المرادي عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: ان كانت أمتك فلا، ان الله تعالى يقول «عبداً مملوكاً لايقدر على شيء»[2]، وان كانت أمة قوم آخرين أو حرة جازطلاقه[3].

وهونص في الباب، وخالف في ذلك فريقان:

(الاول) قول من منع من طلاقه وجعله الى السيد، وهوابن ابى عقيل وابن الجنيد، لرواية زرارة عن الباقروالصادق عليهماالسلام أنهما قالا: المملوك لايجوز طلاقه ولانكاحه الاباذن سيده. قلت: فان السيدكان زوجه بيد من الطلاق؟ قال بيدالسيد «ضرب الله مثلاعبداً مملوكاً لايقدرعلى شيء» الشيء الطلاق[4]. وبمعناه رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام[5].

(الثاني) قول من قال ان لسيده جبره على الطلاق، وهو قول التقي ومن تابعه، لوجوه:

---

١) التهذيب ٣٥٢/٧.
٢) سورة النحل: ٧٥.
٣) التهذيب ٣٤٨/٧.
٤) الاية الشريفة ٧٥ من سورة النحل، والحديث فى التهذيب ٣٤٧/٧.
٥) التهذيب ٣٤٧/٧ وفيه: شعيب بن يعقوب العقرقوفى.

« الاول » ـ ان وجوب طاعته لمولاه على العموم الا زمان أداء الفرائض وما لابد منه ، اما أن يكون ثابتاً أولا ، فان كان الاول لزم المطلوب ، وان كان الثاني لم يكن للمولى اجباره على النكاح لكن له ذلك فيلزم المطلوب أيضاً .

« الثاني » ـ اما أن يكون للمولى مدخل في تفريقهما أولا، فان كان الاول لزم المطلوب ، وان كان الثاني لزم أن لايقع التفريق بالبيع . والخصم يقول بوقو ع التفريق بالبيع اذا لم يمض المشتري العقد ، وهوالزام .

« الثالث » ـ رواية زرارة ، وقد تقدمت .

« الرابع » ـ لاريب أن العبد لايملك ،امكأناما اجماعاً، بل اما أن لايملك شيئاً أويملك ملكاً ناقصاً. فان قلنابالاول فالمطلوب لازم، لانالجمع بينالحكم بأنه لايملك شيئاً وبين الحكم بأن الطلاق بيده وليس للمولى فيه دخل ممالا يجتمعان . وان قلنا بالثاني فكذلك يلزم المطلوب ، لانه لا معنى لنقصان ملكه الاأن لمولاه مدخلا فيما يملكه ، فلايصح امساك زوجته مع أمرمولاه بالطلاق.

ان قلت : فمانصنع برواية علي بن جعفرعن علي عليه السلام ورواية ليث عن الصادق عليه السلام.

قلت : أما الاولى: فقضية في واقعة ، فلايتعدى لاحتمال وجود ما يخصص الحكم بتلك الواقعة . وأيضاً اذا تعارضت روايتان وجب الرجوع الى الاصل والنظر، ولاريبأنالنظريقتضيما قلناه كما تقدم. وأماالثانية فغيرمنافية لما قررناه لان جوازطلاق العبد أعم من أن يكون على وجه اجبارالمولى له أولا، والعام لادلالة له على الخاص .

(فائدة) لوكانت زوجة العبد حرة فباعه سيده قبل الدخول : قال الشيخ بتنصيف المهرويثبت فيذمة المولى، وتبعه القاضي وابن حمزة. ومستنده رواية

ولو كانت أمة لمولاه كان التفريق الى المولى، ولايشترط لفظ الطلاق .

علي بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام[1] .

وقال ابن ادريس يجب عليه كمال المهر لثبوته في ذمته بمجرد العقد، ولادليل على سقوطه بالبيع، وحمله على الطلاق قياس. وهوحسن خصوصاً مع ضعف الرواية ، فان علي بن ابى حمزة واقفي ملعون .

قوله : ولوكانت أمة لمولاه كان التفريق الى المولى ولايشترط لفظ الطلاق

هنا فوائد :

(الاولى) ان تزويج المولى عبده بأمته هل هوعقد أوتمليك للمنفعة اذلا ثالث اجماعاً ، لكنه ليس بعقد والا لاستحق به المهر ، لكن لايستحق به شيء والالكان له مستحق ومستحق عليه ، لان المهر للمولى كما تقدم ، فالمستحق عليه ليس العبد لاستحالة أن يستحق المولى في ذمة عبده شيئاً ولافي رقبته أومنفعته، لانهما مملوكان للمولى قبل التزويج ، ولاالمولى لاستحالة أن يستحق الشخص في ذمة نفسه شيئاً ، وانتفاء لازم الشيء يستلزم لانتفائه فلايكون عقداً .

وأيضاً أجمعوا على أنه لايتعين هنا لفظ الطلاق مع أن النكاح الدائم لا يرتفع الابالطلاق أوبالفسخ ، اما لزوال الملك أولعيب أولاختلاف الدين، ولا واحد من ذلك حاصل هنا فلايكون عقداً ولاتمليكاً ، لان العبد لايملك .

أجيب : بأنا نختار أنه عقد بالنسبة الى المولى غير مستقر بل له فسخه متى شاء ، والفسخ لايعتبرفيه الطلاق .

---

١) التهذيب ٨/ ٢١٠ ، الفقيه ٣/ ٢٨٩ .

(الثانية) اذا حصل التفريق بلفظ الطلاق ولا كلام في كونه مشروطاً بشرائطه وأنه يعد في الطلقات لدخول ذلك تحت عموم الادلة على الحكمين المذكورين أما اذا حصل بلفظ التفريق أو الاعتزال هل يكون طلاقاً فيكون مشروطاً ويعد في الطلقات أم لا؟ فنقول: ان قيل انه اباحة أو تمليك لايكون طلاقاً ولايعتبر شرائطه فيه ولايعد من الطلاق، وان قيل انه عقد فوجهان: أحدهما نعم لانه مساو للطلاق وقائم مقامه وحكم أحد المتساويين حكم الاخر، ولان الفسخ لم يعهد الا بواسطة من حدوث ملك أو ثبوت عيب أو تدليس أو ردة كما تقدم ، وهنا هو رفع بغير واسطة فيكون كالطلاق . وثانيهما أنه غير طلاق ، اذ لو كان طلاقاً لزم وقوعه بالكتابة ، وهو باطل اجماعاً منا . وهو فتوى ابن ادريس والمصنف والعلامة. وهو الحق .

(الثالثة) لو أمر المولى العبد في الطلاق هل يكون بمجرده فسخاً كما لو أمره بالاعتزال أم لا ؟ يحتمل الاول ، لانه متضمن للامر بالاعتزال الذي هو فسخ ، ولان العصمة هنا ضعيفة يكفي في رفعها أدنى عبارة . ويحتمل الثاني ، وهو الحق لوجوه :

« الاول » ـ أن الامر بالطلاق يتوقف على بقاء الزوجية الى حين ايقاعه لان الطلاق رفع النكاح ، فلو كان مرتفعاً بمجرد الامر لما حصل شرط الطلاق فيكون محالا فيكون الامر باطلا فلايقع به فسخ . وهو المطلوب .

« الثانى » ـ أنه جعل رفع النكاح الى العبد بصيغة واقعة منه ولم يحصل فلايكون مرتفعاً .

« الثالث » ـ أن الامر بالطلاق تقرير للنكاح كما تقدم في رواية ابن جعفر فلو كان فسخاً لاجتمع النقيضان .

(الرابعة) لو أمره بالطلاق فطلق ، ان قلنا ان الامر بمجرده فسخ لم يقع

النظر الثانى فى الملك . وهو نوعان :

(الاول) ملك الرقبة ولا حصر فى النكاح به .

واذا زوج أمته حرمت عليه وطئاً ولمساً ونظراً بشهوة ما دامت فى العقد .

وليس للمولى انتزاعها ، ولو باعها تخير المشترى دونه .

ولا يحل لاحد الشريكين وطء المشتركة .

لعدم مصادفته محلا ، وان قلنا ليس بفسخ فان قلنا ان العقد اباحة فكذلك لان الطلاق تابع للعقد ولاعقد فلاطلاق. ويحتمل كونه فسخاً، لان المولى استنابه فيه ولوصدر من المولى كان فسخاً فكذا من نائبه . وان قلنا انه عقد صح، لانه طلاق من أخذ بالساق ، ولان المانع حق المولى وقدزال باذنه. ويحتمل عدمه لرواية ليث وقد تقدمت . والاصح الاول ، أعني كونه طلاقاً ، لان العبد كالوكيل .

(الخامسة) لوطلق العبد بغير اذن سيده ألحق البطلان ، لما تقدم من رواية ليث ورواية زرارة، ولرواية يعقوب[1] بن شعيب عن الصادق عليه السلام لماسئل عن طلاق العبد وقال: ليس له طلاق ولانكاح. وليس المراد نفي الحقيقة لبطلانه فتحمل على اقرب المجازات وهونفي الصحة .

قوله : وهونوعان الاول ملك الرقبة ، ولا حصر فى النكاح به

وهنا فوائد :

(الاولى) يدل على اباحة نكاح المملوكة مع الاجماع نص قوله تعالى « أوماملكت أيمانكم »[2] .

---

١) قدمرعن التهذيب انه شعيب بن يعقوب .

٢) سورة النساء : ٢ .

(الثانية) انه لايحتاج الى عقد، لان السيد مالك لجميع منافعها وهو مستلزم لملك بضعها ، فالعقد عليها تحصيل للحاصل .

ان قلت : المرأة مالكة لجميع منافـع عبدها فهلا ملكت مباضعته فكانت حلالا له.

قلت : خرج ذلك بالنص والاجماع . وأيضا يـدل على تحريمها عليه وجهان :

« الاول » - أنه يشترط في الواطى أن يكون مالكاً للبضع ملكاً تاماً، والعبد اما أن نقول انه لايملك شيئاً فالتحريم ظاهر، أو يملك ملكاً ناقصاً فلا يستبيح لنقص الملك ، ولذلك لايجوز لاحد الشركاء في الامة وطؤها.

« الثاني » - لوملكته بضعها لزم أن يكون كل واحد منهما حاكماً محكوماً عليه معاً ، وهو ضد الحكمة المرادة له تعالى بقـوله « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض »[1].

(الثالثة) هل يكون العبد محرماً لمالكته ، بمعنى جواز النظر اليها والخلوة معها والسفر أم لا ؟ قال في المبسوط[2] قيل فيه وجهان : أحدهما وهو الظاهر أنه يكون محرماً لقوله تعالى « أو ماملكت أيمانهن »[3] عطفاً على من أبيح اظهار الزينة له ، وثانيهما وهو الاشبه بالمذهب أنه لايكون محرماً فحلا كان أو خصياً. قال : وهو الـذي يقوى فـي نفسي ، وروى أصحابنا في تفسير الآية أن المراد بما ملكت الاماء دون الذكران .

---

١) سورة النساء : ٣٤ .

٢) المبسوط ١٦١/٤ .

٣) سورة النور : ٣١ .

ويجوز ابتياع ذوات الازواج من أهل الحرب وأبنائهم وبناتهم.

وكذا اختارفي الخلاف[1] فحلاكان أو خصياً أو مجبوباً، محتجاً باجماع الفرقة والاحتياط.

واحتج في التهذيب بما رواه عن احمـد بن اسحاق عن ابى ابراهيم عليه السلام قال: قلت له: يكون للرجل الخصي يدخل على نسائه ويناولهن الوضوء فيرى شعورهن. فقال: لا[2].

وحمل رواية ابن بزيع[3] بالاباحة على التقية.

وقال ابن الجنيد بالكراهية، محتجاً بما رواه في كتابه عن الصادق والكاظم عليهما السلام كراهية رؤية الخصيان الحرة من النساء حراً كان أومملوكاً.

قوله: ويجوز ابتياع ذوات الازواج من اهل الحرب وابنائهم

أي يجـوز أن يشتري المسلم المرأة المزوجة مـن أهل الحرب وان كان البائع زوجها، وكذا أن يشتري أبناءهم وبناتهم وان كان البائع القريب، لانه يجوز تملكهم بدون ذلك بل بمجرد الاستيلاء، فلا يكون توسط البيع مانعاً من صحة الاستيلاء، لانه في الحقيقة استنقاذ. ولهذا لاتلحق ذلك العقد أحكام البيع من الخيار والغبن على الاصح.

---

١) الخلاف ٣٥٨/٢، قال فيه: اذا ملكت المرأة فحلا اوخصياً اومجبوباً لايكون محرماً لها ولايجوز له ان يخلو بها ولايسافر معها.

٢) التهذيب ٤٨٠/٧، الفقيه ٣ / ٣٠٠، الكافى ٥٣٢/٥، وفـى الاخيرين « محمد ابن اسحاق » وفى الفقيه بزيادة « بن عمار ».

٣) الكافى ٥٣٢/٥، التهذيب ٤٨٠/٧، فى الاول زيادة وهي: قلت فكانوا احراراً؟ قال: لا. قلت: فالاحرار يتقنع منهم؟ قال: لا.

ولوملك الامة فأعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرئها ، ولاتحل لغيره حتى تعتد كالحرة .

ويملك الاب موطوءة ابنه وان حرم عليه وطؤها و كذا الابن .

(النوع الثانى) : ملك المنفعة .

وصيغته أن يقول: أحللت لك وطأها أو جعلتك فى حل من وطئها ولم يتعدهما الشيخ .

واتسع آخرون بلفظ الاباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية .

قوله : ولوملك الامة فاعتقها حل له وطؤها بالعقد وان لم يستبرءها

يشيربذلك الى خلاف بعض الجمهور، فانه قال لابد من الاستبراء. والحق خلافه، لانه مع العتق لاتكون مملوكة حتى يجب استبراؤها .

قوله : النوع الثانى ملك المنفعة ، وصيغته ان يقول «احللت لك وطئها» أو «جعلتك فى حل من وطئها» ، ولم يتعدهما الشيخ واتسع آخرون بلفظ الاباحة ، ومنع الجميع لفظ العارية

هنا فائدتان :

(الاولى) ان هذا النوع ــ أعني تحليل الانسان أمته لغيره ــ هل هو سائغ أم لا ؟ المشهور عند أصحابنا الاول ، ونقل في المبسوط[1] وابن ادريس قولا نادراً بمنعه ، كما هو مذهب اكثر الجمهور .

واحتج المسوغ بعموم قوله تعالى « أو ماملكت أيمانكم »[2]، ولفظ « ما »

---

١) المبسوط ٢٤٦/٤ ، السرائر : ٣١٣ .

٢) سورة النساء : ٣ .

لما لايعقل، فيكون المراد بها ملك المنافع ، أعم من أن يكون ذلك تبعاً لملك الاصل أو لم يكن . خرج من ذلك ماكان بالاجارة والعارية فيبقى الباقي على عمومه . ولو أراد المملوكات لقال « من ملكت » ، لان لفظ « من » وضع لمن يعقل . وبتظافرالروايات عن أهل البيت عليهم السلام، كرواية محمد بن مسلم وابى بصير وابن بزيع وغيرها[١] .

واحتج المانع بقوله « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون »[٢] والتحليل خارج عن قسمي الازواج والملك فيكون عدواناً ، وبرواية الحسين ابن علي بن يقطين صحيحاً قال : سألته عن الرجل يحل فرج جاريته ؟ قال : لا أحب ذلك[٣]. ورواية عمار عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول لزوجها جاريتى لك . قال : لايحل له فرجها الا أن تبيعه أو تهب له[٤] .

وأجيب عن الاية بما تقدم ، وعن الرواية الاولى أنها تدل على الكراهية ، وعن الثانية بضعفها أولا وبالقول بموجبها ثانياً ، فان قولها « جاريتي لك » لايدل على التمليك، فلا يفيد الحل الا مع سبب الملك من البيع أوالهبة للعين أو التحليل للمنفعة .

(الثانية) في الصيغة ، قال الشيخ[٥] في النهاية والتهذيب : ينبغي أن يراعى في ذلك لفظ التحليل ، وهو أن يقول المالك « قد جعلتك في حل من وطيء هذه الجارية » أو « أحللت لك وطيها » ، ولا يجوز لفظ العارية .

---

١) راجع الوسائل ٥٣١/١٤ الى ٥٣٩ .

٢) سورة المؤمنون : ٧ .

٣) الوسائل ٥٣٣/١٤ .

٤) الوسائل ٥٣٥/١٤ .

٥) النهاية : ٤٩٤ .

وهل هواباحة أوعقد ؟ قال « علم الهدى » : هوعقد متعة .

وقال ابن ادريس[1] : هذه العبارة لاتمنع من جواز « أبحتك وطيها » ، وانما منع لفظ العارية لشناعة المخالفين على أصحابنا أنهم يعيرون الفروج. قال: وذهب الشيخ في باب العارية من المبسوط[2] الى مااخترناه، فقال: لايجوز اعارة الجارية للاستمتاع بها لان البضع لايستباح بالاعارة ، وحكى عن مالك جواز ذلك . وعندنا يجوز ذلك بلفظ الاباحة ولا يجوز بلفظ العارية .

واختار العلامة في المختلف[3] أيضاً الجواز بلفظ الاباحة. والمختار الاقتصار على المتفق عليه، وهولفظ التحليل دون الاجارة والعارية والاباحة والتمليك ، وان كانت متفقة أو متقاربة في المعنى ، تمسكاً بأصالة حرمة فرج جارية الغير خرج عنه الجواز بلفظة التحليل بالنص والاجماع فيبقى الباقي على أصله .

وأيضاً لوجاز بلفظة الاباحة لكونها بمعنى التحليل كما قاله العلامة لجاز أيضاً بلفظ العارية لكونها في معنى الاباحة ، واللازم باطل اتفاقاً فكذا الملزوم، والملازمة ظاهرة. وتؤيده رواية ابي العباس البقباق قال: سأل رجل عن الصادق عليه السلام ونحن عنده عن عارية الفرج . فقال: حرام ، ثم مكث قليلا وقال: لكن لابأس بأن يحل الرجل جاريته لاخيه[4].

قوله : وهل هو اباحة او عقد ؟ قال علم الهدى هوعقد متعة

لوقال هل هو عقد أوتمليك لكان أولى ، لان مايبيح الفروج منحصر فيهما،

---

١) السرائر : ٣١٤ .
٢) المبسوط ٥٧/٣ .
٣) المختلف ، الجزء الرابع ٢٠ .
٤) التهذيب ٢٤٤/٧ ، الكافي ٤٧٠/٥ .

وفى تحليل أمته لمملوكه تردد ، ومساواته بالاجنبى أشبه .

فان فسر الاباحة بالتمليك كان تطويلا من غير فائدة ، وان لم يكن الترديد في كونه اباحة أوعقداً صحيحاً بل ولا حاصراً لان ملك العين ليس داخلا حينئذ في العقد والاباحة .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لما انحصر المبيح للبضع في العقد أوالملك لقوله تعالى «والذين لفروجهم حافظون* الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم»[1] وجب رجوع هذا التحليل الى واحد منهما والا لكان فاسداً .

فقال علم الهدى: انه عقد متعة ، اذهوليس بتمليك، لان المملكات محصورة وليس شيء منها بحاصل هنا فيكون عقداً ، وليس بدائم اتفاقاً لان رفعه يحصل وان كره الزوج فيكون عقد متعة .

واختار الشيخ أنه ليس بعقد وان احتاج الى مدة معلومة ، وانما هوتمليك منفعة مع بقاء الاصل على المالك ، كسكنى الدار واعمارها .

وهذا هو الحق، لما بينا من دخوله في الملك . ويلزم المرتضى رحمه الله أن لايكون تحليل الا بأجل معلوم ومهرمعلوم. وليس كذلك، للروايات الدالة على اباحته مطلقاً . نعم شرط الشيخ في المبسوط تعيين المدة ممنوع ، وعلى التقديرين لابد فيه من القبول .

قوله : وفى تحليل امته لمملوكه تردد ، ومساواته بالاجنبى اشبه

منشأ التردد النظرالى منع الشيخ رحمه الله في النهاية[2] محتجاً برواية علي ابن يقطين عن الكاظم عليه السلام أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الامة

---

١) سورة المؤمنون : ٥ ، ٦ .

٢) النهايه : ٤٩٤ .

ولوملك بعض الامة فأحلته نفسها لم يصح .

وفى تحليل الشريك تردد والوجه : المنع .

ويستبيح ما يتناوله اللفظ .

فلوأحل التقبيل اقتصر عليه ، وكذا اللمس .

لكن لوأحل الوطء حل له مادونه ، ولوأحل الخدمة لم يتعرض للوطء .

وكذا لايستبيح بتحليل الوطء .

من غير تزويج اذا أحل له مولاه ؟ قال : لايحل له[1] . والى قول ابن ادريس[2] أنه لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع ، والاصل الاباحة ، ويؤيده قوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن »[3] ، ولانه يملك وطؤها بالعقد اجماعاً فيملك أيضاً بالتحليل لتساويهما في السببية .

وقول الشيخ أولى ، لضعف تملك العبد ، وللرواية المذكورة والنكاح في الاية يراد به العقد . ودعواه أنه حقيقة في الوطء يعارضه ترجيح المجاز على الاشتراك . ولو سلم الاشتراك لكنه لايصلح للحجة الا مع القرينة ، وليست حاصلة هنا .

قوله: ولوملك بعض الامة فأحلته نفسها لم يصح، وفى تحليل الشريك تردد والوجه المنع

---

١) التهذيب ٢٤٣/٧ ، الاستبصار ١٣٧/٣ .

٢) السرائر : ٣١٤ .

٣) سورة النساء : ٢٥ .

وولد المحللة حر.

فان شرط الحرية فى العقد فلاسبيل على الاب. وان لم يشترط ففى الزامه قيمة الولد روايتان ، أشبههما : أنها لاتلزم.

ولابأس أن يطأ الامة وفى البيت غيره ، وأن ينام بين أمتين. ويكره فى الحرائر ، وكذا يكره وطء الفاجرة ومن ولدت من الزنا.

ويلحق بالنكاح ، النظرفى أمور خمسة :

(الاول) فى العيوب والبحث فى أقسامها وأحكامها :

تقدم مثل هذه المسألة ، ومنشأ التردد من قول الشيخ[1] بالجواز للرواية[2] ومن لزوم تبعض سبب البضع الممنوع منه.

والتحقيق أن نقول: ان جعلنا التحليل عقداً فلا شك في التبعيض فلا يصح، وان جعلناه تمليكاً صح، لان الملك له أسباب كالشراء والارث والاتهاب وأمثال ذلك ومن جملتها التحليل الا أنه سبب ملك منفعة البضع وتبعض سبب الملك غيرضار والا لزم تحريم بعضها اذا ملك بعضها بالشراء وبعضها بالارث، واللازم باطل اتفاقاً.

قوله: وولد المحللة حر فان شرط الحرية فى العقد فلا سبيل على الاب، وان لم يشترط ففى الزامه قيمة الولد روايتان اشبههما انها لاتلزم

ماذكره اختيار المرتضى والشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة[3].

---

١) النهايه : ٤٩٤.

٢) راجع الوسائل ٥٤٥/١٤.

٣) السرائر : ٣١٢ ، القواعد : المطلب الثانى من الفصل الثالث فى الملك.

وهو الحق ، لأصالة الحرية وأصالة براءة الذمة من القيمة ، والاجماع على أن الولد يتبع أشرف الطرفين ، ولان مبنى الحرية على التغليب والسراية ، ولهذا لوأعتق جزءاً من مائة الف جزء من الرقيق سرى عليه العتق في الجميع . والسرأن الولد مخلوق من ماء الرجل والمرأة فتساوت نسبته الى الابوين ، وترجحت الحرية بالاصل ، وتؤيده الرواية عن اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يحلل جاريته لاخيه أوحرة حللت جاريتها لاخيها ؟ قال: يحل له من ذلك ما أحل له . قلت : فجاءت بولد . فقال : يلحق بالحر من أبويه[1] .

وبمعناها رواية زرارة عن الباقر عليه السلام : الرجل يحل جاريته لاخيه . قال: لابأس. قال : قلت فانها جاءت بولد . قال : يضم اليه ولده وترد الجارية على صاحبها[1] .

وقال الشيخ في النهاية[2] انه اذا لم يشرط الحرية لزمته القيمة ، محتجاً برواية ضريس عن الصادق عليه السلام : الرجل يحل لاخيه فرج جاريته وهي تخرج في حوائجه . قال : هي له حلال . قلت : أرايت ان جاءت بولد منه ما يصنع به ؟ قال : هو لمولى الجارية الا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلها له ان جاءت بولد فهو حر[3] .

والجواب : ان الاولى أوضح طريقاً وأوفق للنظر كما بيناه فتتعين للعمل .

---

١ ، ١) التهذيب ٢٤٧/٧ ، الاستبصار ١٣٩/٣ .

٢) النهاية : ٤٩٤ ، قال فيه : ومتى جعله في حل من وطئها واتت بولد كان لمولاها وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال ، وان لم يكن له مال استسعى في ثمنه فان شرط ان يكون الولد حراً كان على ما شرط .

٣) التهذيب ٢٤٨/٧ ، الاستبصار ١٤٠/٣ .

عيوب الرجل أربعة : الجنون والخصاء والعنن والجب .

قوله : عيوب الرجل أربعة الجنون والخصاء والعتق والجب

هنا فوائد :

(الاولى) الاكثر على أن عيوب الرجل هذه الاربعة، وبه قال القاضي في الكامل، وزاد في المهذب الجذام والبرص والعمى ، ولم يعد الخصى عيباً فيه . وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد . وهو قوي عندي لوجوه :

« ١ » - ان هذه الثلاثة عيوب في طرف المرأة اجماعاً ، ففي طرف الرجل أولى لانها أشد اضراراً بالمرأة ، لان الرجل لولا حكم الفسخ لامكنه التخلص بالطلاق، بخلاف المرأة فانها اذا ابتليت بواحد منها لم يمكنها التخلص

« ٢ » - اطلاق رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل[1] .

« ٣ » - في الجذام قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم : فر من المجذوم فرارك من الاسد[2] .

احتج الاكثر بأصالة بقاء العقد وعدم فسخه ، وبرواية غياث الضبي عن الصادق عليه السلام الى أن قال : والرجل لا يرد من عيب[3] . خرج ما خرج

١) الفقيه ٣/٢٧٣ ، الكافي ٥/٤٠٦ ، التهذيب ٧/٤٢٤ ، ٤٢٦ العفل والعفلة : شيء يخرج من قبل النساء فيضيق فرجها حتى يمنع الايلاج، وقيل هوورم يكون بين مسلكيها وقيل هو القرن .

٢) الفقيه ٣/٢٦٣ .

٣) الكافي ٥/٤١٠ ، التهذيب ٧/٤٣٠ ، الفقيه ٣/٣٥٧ وفيه : والرجل لا يرد من عنن، وفي الاول : « عباد » بدل « غياث » .

من هذا النفي بالاجماع فيبقى الباقي على النفي.

والجواب: ان الاصل يخالف للدليل وقد بيناه، والرواية متروكة الظاهر اجماعاً، وهي مع مخالفتها للنظر ضعيفة.

(الثانية) الجنون[1] زوال العقل بحيث لايميز صاحبه الحسن من القبيح، والخصاء هو سل الانثيين[2]، وفي معناه الوجاء[3] وهو رضهما بحيث ييبسان، والجب هو قطع المذاكير بحيث لم يبق له مايمكن الجماع، والعنن مرض يعجز معه عن الايلاج لعدم انتشار العضو، والاسم العنة من «عن» اذا اعترض و«العنن» الاعتراض لان الذكر يعترض اذا أراد الايلاج، وقال الحريري لانه يعترض للنكاح ولايقدر عليه، قال: ولايقال «عنة» بل «عينية» لان العنة[4] هي

---

١) في الجواهر ٣١٨/٣٠: الجنون هو مرض في العقل يقتضي فساده وتعطيله عن افعاله واحكامه ولو في بعض الاوقات، من الجنان او الجن بالكسر او الجن بالفتح، فالمجنون من اصيب جنانه أي قلبه، أو اصابته الجن أو حيل بينه وبين عقله فستر عقله. نعم لاعبرة بالسهو الكثير السريع الزوال ولا الاغماء الذي يكون عن هيجان المرة أو غلبة المرض أو نحو ذلك مما لايصدق معه اسم المجنون ــ الى آخر مقاله رفع الله مقامه.

٢) يقال سلت انثياه: أي نزعت خصيتاه.

٣) وجأته اوجؤه مهموز من باب نفع، وربما حذفت الواو في المضارع فيقال: يجأ كما يقال يسع ويطأ ويهب. وذلك اذا ضربته بسكين ونحوه في أي موضع كان، والاسم «الوجاء» مثل كتاب. ويطلق أيضاً على رض عروق البيضتين حتى تنفضخا من غير اخراج فيكون شبيهاً بالخصاء.

اقول: الرض: الدق. والفضخ: كسر الشيء الاجوف، يقال: فضخت رأسه فانفضخ اي ضربته فخرج دماغه.

٤) العنة بالضم ثم النون المفتوحة المشددة: الحظيرة من الخشب أو الشجر تجعل للابل والغنم تحبس فيها، وقيد في الصحاح فقال: لتتدرأ بها من برد الشمال. قال ثعلب: العنة الحظيرة تكون على باب الرجل فيكون فيها ابله وغنمه.

وعيوب المرأة سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد.

وفى الرتق تردد أشبهه : ثبوته عيباً لانه يمنع الوطء .

ولاترد بالعورولابالزنا ولوحدث فيه ، ولابالعرج على الاشبه.

وأما الاحكام فمسائل :

الحظيرة من الخشب وتقول العرب للعنين السريس[1] .

(الثالثة) سيجيء أنه لافسخ بالمتجدد فيما عدا الجب ، وأما الجب فهل يفسخ به لوتجدد بعد الوطى أم لا ؟ قال الشيخ في موضع من المبسوط لها الخيار مدعياً للاجماع، وتبعه القاضي لفوات الاستمتاع وليس بيدها طلاق فلولا الخيار لزم الحرج والضرر المنفيان بالكتاب والسنة . وقال في موضع آخر[2] منه وفي الخلاف لاخيارلها لاصالة بقاء العقد . واختاره ابن ادريس[3] .والاجود الاول لليأس من زواله بخلاف غيره .

قوله : وعيوب المرأة سبعةالجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد ، وفي الرتق تردد اشبهه ثبوته عيباً لانة يمنع الوطى ، ولاترد بالعور ولابالزنا ولوحدث فيه ، ولابالعرج على الاشبه

تقدم معنى الجنون فلاحاجة الى اعادته، والجذام مرض يظهر معه يبس الاعضاء وتناثر اللحم ولايكفي قوة الاحتراق ولاتعجر الوجه ولااستدارة العين .

---

١) السريس: الذى لايأتى النساء ، العنين من الرجال، ويقال: فحل سرس وسريس اذا كان لايلقح .

٢) المبسوط ٢٥٢/٤ ، الخلاف ٣٩٧/٢ .

٣) السرائر : ٣٠٩ .

والتعجر اما من العجرة وهي العقدة ، فيكون التعجر التعقد ، أومن العجر وهو النتو[1]. ويثبت بشهادة عدلين عارفين أنه جذام ، فان لم يتفق فعلى المنكر اليمين .

والبرص وهو البياض الظاهر على صفحة البدن لغلبة البلغم ، وقد يشتبه بالبهق . وحكمه في الثبوت كما في الجذام .

والقرن والغالب في عبارة الفقهاء فتح الراء، وفي لسان أهل اللغة بسكونها. واختلف في ماهيته : فقيل انه عظم ينبت في الرحم يمنع الوطىء ، وقيل انه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل . والقولان حكاهما في المبسوط . قال السعيد[2] : ان اعتبر الوضع اللفظي فهومسألة من علم اللغة ، وان اعتبرت الحقيقة فهومسألة من علم التشريح ، فالفقيه يتسلمها ويبحث عن القدر المشترك وهو كلما يمنع الوطىء يثبت به الخيار لفوات غاية النكاح والافلا ، ويبحث عن وجه التغاير من حيث أنه لورضي بأحدهما دون الاخر .

والافضاء قيل هوذهاب الحاجزبين مخرج البول والحيض ـ قاله ابن ادريس[3] . وقال غيره هو ذهاب الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج الغائط . وكلاهما عيب .

والعمى هوذهاب البصرمن العينين معاً .

والرتق التحام الشفرين[4] بحيث يمنع من الايلاج .

---

١) العجربفتح الاول والثانى وهوالنتو، وهوورم العضوفهونات .

٢) الايضاح ٣/١٧٦ .

٣) السرائر : ٣٠٩ .

٤) شفر كل شيء حرفه، ومنه شفرالعين ، وهوالذى ينبت عليها الشعر . وشفرالفرج: حرفه .

اذا تقرر هذا فهنا مسائل :

(الاولى) الاظهر في فتاوى الاصحاب أن العمى عيب ، ذكره الشيخ في النهاية[1] والمفيد والمرتضى وابن الجنيد والقاضي والتقي وسلاروابن ادريس وابن حمزة ، وجعله الشيخ[2] في المبسوط والخلاف قولا محكياً ، وجعله ابن بابويه[3] رواية .

والدليل على كونه عيباً رواية داود بن سرحان صحيحاً عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أوبرصاء أوعرجاء . قال: ترد على وليها ويكون لها المهرعلى وليها[4] .

وروى ابن بابويه في الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقرعليه السلام قال : ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء[5] .

ولم يجعله الصدوق في المقنع عيباً، محتجاً برواية الحلبى المتقدمة : انما يرد النكاح[6] ـ الى آخره ، وانما للحصر .

وأجيب : بأنه مع التعارض يجب الرجوع الى النظر ، وهويقتضي كونه عيباً ، لانه اضرار بالرجل ولااضرار في الاسلام ، ولانه عيب لم يعلمه العاقد فيتسلط على الردكالبيع، والقياس وان لم يكن حجة لكن له صلاحية الترجيح.

(الثانية) تردد المصنف في الرتق من حيث عدم النص الصريح بذلك ،

---

١) النهاية : ٤٨٥ ، المقنعة : ٨١ ، السرائر : ٣٠٩ .

٢) المبسوط ٢٤٩/٤ ، الخلاف ٣٩٦/٢ .

٣) المقنع : ١٠٤ .

٤) التهذيب ٤٢٤/٧ ، الاستبصار ٢٤٦/٣ .

٥) الفقيه ٢٧٣/٣ ، التهذيب ٤٢٤/٧ وليس فيه « الجذماء » .

٦) التهذيب ٤٢٦/٧ .

ومن اقتضاء النظر الرد به لكونه مانعاً من الايلاج الذي هومراد من المرأة للالتذاذ. والنسل، فترد به كالقرن.

ان قلت : هذا قياس وهوعندكم ليس بحجة .

قلت : انه ليس بقياس في الحقيقة ، لان الخصوصية التي يمتاز بها القرن عن الرتق يعلم قطعاً أنه لامدخل لها في الحكم، فيكون الحكم معلقاً على المشترك فيكون الرتق من جزئيات ذلك المشترك .

والتحقيق أنه اذا لم يقبل العلاج فهوعيب ، وكذا ان قبل وامتنعت والا فلاعيب .

وهل يعتبر رتقها بالنسبة الى أصغر الالات أوالى معتدلها أولى آلة الزوج ؟ الاقرب الاول، وحينئذ نقول: هل لها الخياراذا كان كبيرالالة بالنسبة الى فرجها بحيث يخشى بالوطىء الافضاء ؟ فيه تردد، من عدم الوقوف على نص فيه ، ومن اقتضاء النظر الفسخ دفعاً للضرر. وهوقريب ، ويكون حكمه حكم الخصاء والجب ، لان امتناع الوطىء من قبله .

(الثالثة) انه لارد بالعور ، اذ ليس مانعاً من كمال الالتذاذ ولاضرر فيه فلا موجب للرد .

(الرابعة) قال المفيد[1] وسلار والقاضي والتقي وابن الجنيد : ان المحدودة بالزنا ترد لكونه عاراً. وقال الشيخ في النهاية وابن ادريس[2] لاترد الاأنه يرجع على وليها العالم بحالها بالمهروليس له فراقها الابالطلاق .

والحق أنها لاترد ولايرجع على الولي بشيء :

أما الاول : فلاصالة لزوم العقد وكونها محدودة غيرمانع من الالتذاذ ،

---

١) المقنعة : ٨١ .

٢) النهاية : ٤٨٦ ، السرائر : ٣٠٩ .

ولزوم العارممنوع لقدرته على ازالته بالطلاق . وتؤيد ما قلناه رواية رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح ؟ قال : لا[1] .

وأما الثاني : فلان الرجوع على وليهـا بالمهر وعدم ردها كالجمع بين النقيضين، لان كونها محدودة ان كان عيباً استلزم الرد والا لم يكن موجباً للرجوع على الولي بشيء .

(الخامسة) قال الشيخ فى النهاية[2] وابن الجنيد وسلار والقاضي في الكامل والتقي وابن حمزة العرج عيب ترد به المرأة، لرواية داود بن سرحان صحيحاً عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أوبرصاء أو عرجاء . قال : ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها[3] .

وجعله الصدوق[4] في الفقيه والمقنع رواية، ولم يذكره الشيخ في المبسوط والخلاف ، وجعله ابن ادريس قولا محكياً . والحق ما فصله العلامة ، وهو أنه ان بلغ الاقعاد فهوعيب والا فلا . واختاره المصنف، لقول الصادق عليه السلام في رواية داود بن سرحان في الصحيح : وان كان بها زمانة لايراها الرجل أجيز شهادة النساء عليها .

---

١) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الكافى د/٤٠٧ ، الاستبصار ٣/٢٤٥ .

٢) النهاية : ٤٨٥ .

٣) التهذيب ٧/٤٢٤ ، الاستبصار ٣/٢٤٦ .

٤) الفقيه ٣/٢٧٣ روى فيه عن عبدالحميد عن محمد بن مسلم قال: قال ابوجعفر عليه السلام: ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء. وقال فى المقنع: ١٠٤ روى فى الحديث ان العمياء والعرجاء ترد .

(الاولى) لايفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول .

وفى المتجدد بعد العقد تردد عداالعنن .

وقيـل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وان تجدد .

(الثانية) الخيار فيه على الفور، وكذا فى تدليس .

قوله: ولايفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول، وفى المتجدد بعد العقد تردد عدا العنن ، وقيـل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة وان تجدد

تنقيح هذا البحث بمسائل :

(الاولى) في حدوث العيب بعد العقد وقبل الدخول قولان ، قال الشيخ[1] في المبسوط والخلاف ترد به لعموم الاحاديث المتقدمة ، فانه لـم يفصل فيها بين كون العيب قبل العقد أوبعده . وقال ابن ادريس[2] لاترد به . وهوالظاهرمن كلام ابن حمزة ، واختاره العلامة[3] محتجاً بأن العقد وقع صحيحاً خالياً عن التدليس ولايثبت بهالخيارفيكون لازماً كما لوتجدد بعدالدخول، ولانه لم يوجد منها تدليس ويمكنه التخلص بالطلاق فلايثبت له خيار، كما لوأعتق وتحته أمة لم يثبت له خيار ، ولو كان شرط حريتها في الابتداء ثبت له الخيار .

وأما المصنف فتردد فيما عدا العنن ، نظراً الى الخلاف واطلاق الروايات فترد، وكون الاصل لزوم العقد فثبوت الخيار يحتاج الى دليل ولم يوجد فلاترد. والفتوى على ما قاله العلامة .

---

١) المبسوط ٢٥٢/٤ ، الخلاف ٢٩٧/٢ .

٢) السرائر : ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

٣) المختلف ، الجزء الرابع ص ٣ .

(الثانية) لاخلاف في أن العنة يرد بها سواء كانت قبل العقد أوبعده ، وهل يردبها لوحدثت بعد الدخول أم لا ؟ منعه الشيخ[1] وابن الجنيد والقاضي وابن ادريس[2] وابن حمزة .

وقال المفيد[3] يردبها ، وتبعه ابن زهرة . قال الشيخ: انما حمله على ذلك عموم الأخبار واطلاقها . ثم قال: والاولى عندي الاخذ بالخبر الذي رويناه عن اسحاق بن عمارعن جعفرعن أبيه عن علي « ع » أنه كان يقول : اذا تزوج الرجل بامرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبرفقد ابتليت وليس لامهات الاولاد ولاللاماء مالم يمسها من الدهر الامرة واحدة خيار[4] .

وعن غياث الضبى عن الصادق عليه السلام قال في العنين: اذا علم أنه عنين لم يأت النساء فرق بينهما ، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما[5] .

قال العلامة[6] : والاشهرقول الشيخ تمسكاً بمقتضى العقد اللازم وبما تقدم من الروايات، وان كان قول المفيد لايخلو أيضاً من قوة ، لما فيه من دفع الضرر بفوات فائدة النكاح . قال : ونحن في ذلك من المتوقفين .

قلت : وقول الشيخ مع شهرته أقوى ، لما ثبت في الأصول من وجوب العمل بالخاص أوالمقيد مع معارضة العام أوالمطلق . ولاريب أن الخبر الذي أورده الشيخ أخص وأقوى دلالة، ونمنع لزوم الضرر، اذوجوب الانفاق عليها ربما حمله على الطلاق .

---

١) المبسوط ٢٦٤/٤ ، النهاية : ٤٨٧ .

٢) السرائر : ٣٠٩ .

٣) المقنعة : ٨١ .

٤) التهذيب ٤٣٠/٧ ، الاستبصار ٢٥٠/٣ .

٥) الفقيه ٣٥٧/٣ ، التهذيب ٤٣٠/٧ ، الاستبصار ٢٥٠/٣ ، الكافي ٤١٠/٥ .

٦) المختلف ، الجزء الرابع ص٤ .

(الثالثة) الفسخ فيه ليس طلاقاً ، فلايطرد معه تنصيف المهر.

(الثالثة) قال الشيخ [1] في النهاية والمبسوط والخلاف والمفيد اذا حدث بالرجل جنون لايعقل معه أوقـات الصلوات كان للمرأة الفسخ . ولاأرى لهذا القيد فائدةبعد تحقق الجنون ، ولهذا لن يجعل القاضي لهذا القيد مدخلا فـي ثبوت الخيار .

واختاره العلامة في المختلف[2] وقال : الوجه التسلط على الفسخ سواء عقل أوقات الصلوات أولا، لما فيه من الضرر المنفي بالاصل، لفوات ثمرة منافع العقد من كمال الاستمتاع ، ولما رواه علي بن أحمزة قال : سئل ابوابراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعدما تزوجها أو عرض له جنون . قال : لها أن تنزع نفسها منه ان شاءت[3] .

(الرابعة) يظهر من كلام ابن حمزة أن الجنون الموجب للخيارفي الرجل والمرأة هو الـذي لايعقل معه أوقات الصلاة ، سواء كان متقدماً على العقد أو متأخراً عنه ، و كلام باقي الاصحاب يدل على أن قيد عدم التعقل المذكور مختص بالجنون الحادث بالرجل كما قاله المصنف لابما كان قبل العقد ولابجنون المرأة.

(الخامسة) هل الجنون الحادث بعد الدخول حكمه حكم القديم؟ الظاهر من كلامهم عدم الفرق .

قوله : الفسخ فيه ليس طلاقاً فلا يطرد معه تنصيف المهر

هنا فوائد :

---

١) النهاية : ٤٨٦ ، المبسوط ٢٥٢/٤ ، الخلاف ٣٩٧/٢ ، المقنعة : ٨١ .

٢) المختلف ، الجزء الرابع ٢ .

٣) التهذيب ٤٢٨/٧ ، الفقيه ٣٣٨/٣ .

(الرابعة)لايفتقر الفسخ بالعيوب الى الحاكم ، ويفتقر فى العنن لضرب الاجل .

(الاولى) لاخلاف في أن الفسخ بغير الجنون لايفتقر الى الطلاق، وهل يفتقر في الجنون المتجدد الى الطلاق لوفسخت به المرأة ؟ ظاهر كلام الشيخ[1] ومن تابعه غير ابن ادريس[2] أنه يفتقر اليه ويكون من وليه ، والاجود مساواته لباقي العيوب فلا يفتقر الى الطلاق .

(الثانية) ان الفسخ بالعيب مطلقاً ليس حكمه حكم الطلاق في المهرو لافي غيره من اشتراط شهادة عدلين أوالطهر من الحيض أوغير ذلك .

(الثالثة) لايطرد مع الفسخ أنه ان كان قبل الدخول فاللازم نصف المهر وان كان بعده فالمهر كملا ، لان حمله على الطلاق قياس لانقول به . وسيأتي تفصيل مايلزمه من المهر ومالايلزمه مع الفسخ قريباً انشاء الله تعالى .

قولـه : لايفتقر الفسخ بالعيوب الى الحاكم ويفتقر فى العنن لضرب الاجل

هنا فوائد :

(الاولـى) مذهب المخالفين أن انفسخ هنا يحتاج الـى الحاكم وليس لاحدهما الانفراد به ، وبه قال ابن الجنيد .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط[3] بهذه العبارة : أما الفسخ فالى الحاكم لانه مختلف فيه ، ولـو قلنا على مذهبنا أن لـه الفسخ بنفسه كان قوياً ، والاول أحوط لقطع الخصومة .

---

١) النهاية : ٤٨٦ .
٢) السرائر : ٣٠٨ .
٣) المبسوط ٢٦٣/٤، قال فيه : ولايجوزان يفسخ بغيرحاكم لانه فسخ مختلف فيه.

(الخامسة) اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر. ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس.

واذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهر الافى العنن، ولو كان بعده فلها المسمى.

ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهر مع الخلوة ويعذر.

وقال[1] قبل ذلك: لايمتنع عندنا أن يفسخ الرجل بنفسه أو المرأة، لان الأخبار مطلقة في هذا الباب.

قال العلامة في المختلف[2] هذا الحكم يدل على تردده.

(الثالثة) الذي ذكره المصنف من عدم الافتقار الى الحاكم هو مذهب الاصحاب لم تسمع فيه خلافاً الاما حكيناه، وقول ابن الجنيد غيرقادح، لانه واحد مع انعقاد الاجماع بعده على مادعيناه. وقول الشيخ في المبسوط ليس فيه تردد كما قاله العلامة، لامكان لجمع بين كلامه بأن يكون الترافع الى الحاكم على سبيل الاستحباب لاللوجوب لانه حق لكل واحد من الزوجين فله الاستبداد به كغيره من الحقوق، لكن رفعه الى الحاكم أحوط قطعاً للنزاع، فان تعذر فالاشهاد.

قوله: اذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به الزوج على المدلس، واذا فسخت الزوجة قبل الدخول فلا مهرالا في العنن، ولو كان بعده فلها المسمى، ولو فسخت بالخصاء ثبت لها المهرمع الخلوة ويعذر.

---

١) المبسوط ٢٤٩/٤.

٢) المختلف، الجزء الرابع: ٦.

يحتاج بسط هذا الكلام الى مباحث :

(المبحث الاول) اذا وقع الفسخ قبل الدخول سواء كان من الرجل أو المرأة فلا مهر الا في الخصاء أو العنن، لانها انما تستحقه اما بالعقد أو الدخول، والعقد قد انفسخ والدخول لم يحصل .

(المبحث الثاني) اذا وقع الفسخ بعد الدخول استحقت المهر في الجملة على المشهور، خلافاً لابن حمزة فانه قال : يسقط المهر ان كان الفاسخ هو المرأة .

وفيه نظر ، لان الانتفاع بالبضع لابد له من عوض .

وقال الشيخ في المبسوط[1] يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، سواء كان الفاسخ هو الرجل او المرأة . وقال: كل نكاح فسخ بعيب موجود حال العقد فان حكمه حكم النكاح الفاسد فى الاصل يتعلق به جميع أحكام النكاح الفاسد ، ان كان قبل الدخول سقط المسمى ولايجب شيء منه ولا المتعة ولا نفقة العدة ، وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل .

وفيه أيضاً نظر ، لانا نمنع أن حكمه حكم النكاح الفاسد، ولهذا لو أمضى من له الفسخ النكاح لزم العقد ويثبت المسمى .

(المبحث الثالث) اذا وجب على الزوج المهر بعد الدخول والفسخ فهنا أقوال :

الاول : قول الشيخ في النهاية[2] والقاضي وابن ادريس أنه ان دلست نفسها وقبضته استعاده الزوج، وان لم تدلس نفسها غرمه وعاد به على وليها ان دلسها . ويظهر من كلام المصنف اختيار هذا القول .

---

١) المبسوط ٤/ ٢٥١ .

٢) النهاية : ٤٨٤ ، السرائر : ٣٠٩ .

القول الثاني : قوله في المبسوط[1] انه يجب مهر المثل. وهل يستقر أو يرجع به على من غره ودلس عليه بالعيب؟ قولان: أحدهما يرجع به على الغار وهو المروي في أحاديثنا، والثاني يستقر عليه .

فاذا قيل بالرجوع فان كان الولي يعرف أمرها فالرجوع عليه لانه الغار ، وان لم يعرف كان الرجوع عليها لانها الغارة .

وكل موضع قلنا بالرجوع عليها فبكم يرجع ؟ قيل بالكل الا القدر الذي يجوز أن يكون مهراً لئلا يعرى الوطىء عن العوض، وقيل بالكل. والاول اقوى واختاره العلامة ، وهو جيد الا أنه ينبغي أن يكون القدر الذي يستقر لها في مقابلة الوطى هو أقل مهر المثل في النكاح المؤجل لا الدائم لاأقل مايكون مهراً في الجملة لانه لاحد له . وانما قلنا ذلك لان سبب الرجوع هو الغرر ولايتحقق الغرر الافي الزائد على ذلك .

القول الثالث : قول التقي ان وطئها قبل العلم بحالها فلها ما أخذته ويرجع به على من دلسها، وان كانت هي المدلسة نفسها لم يرجع عليها بشيء مما أخذت بعد الوطىء .

القول الرابع: قول ابن الجنيد يرجع على الولي بأقل من مهر مثلها الا أن يكون العيب مما لايظهر وقد خفي على الولي ، فيكون لها أقل صداق مثلها والباقي مردود من مالها على زوجها وحكمها حكم وليها ان كانت هي العاقدة على نفسها .

(المبحث الرابع) يدل على الرجوع على الغار في الجملة مارواه ابو عبيدة صحيحاً عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة من وليها فوجدبها عيباً بعدما دخل بها . قال : فقال اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة

---

١) راجع التعليقة السالفة من المصدر .

وما كان بها من زمانة ظاهرة فـانها ترد على أهلها من غير طلاق ويأخذ الزوج المهرمن وليها الذي كان دلسها. الى أن قال عليه السلام: وان أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهوله وان لم يصب شيئاً فلاشيء له[١] .

وعن رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قـال : سألته عن البرصاء . قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء وان لها المهربما استحل من فرجها وان المهر على الذي زوجها ، وانما صار المهر عليه لانـه دلسها ، ولو أن رجلا تزوج امرأة أو زوجها رجلا لايعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها[٢] .

(المبحث الخامس) قد تقدم معنى الخصاء وأنه عيب يرد به، سواء قدر على الجماع أولا . وقد حكينا عن القاضي عدم الرد بـه مطلقاً وجعل الرد به قولا محكياً .

وقال الشيخ في الخلاف[٣] : ان كان يقدر على الجماع فليس بعيب .

ويدل على كونـه عيباً مطلقاً ماروا ه عبدالله بن بكير موثقاً عن أحدهما عليه السلام في خصي دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها. قال: يفرق بينهما ان شاءت المرأة ويوجع رأسه ، وان رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به ان تأباه[٤] .

اذا عرفت هذا فهل يلزمه مهرها مع فسخها أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[٥]

---

١) التهذيب ٤٢٦/٧ ، الكافى ٤٠٨/٥ ، الاستبصار ٢٤٧/٣ .

٢) التهذيب ٤٢٤/٧ ، الكافى ٤٠٧/٥ ، الاستبصار ٢٤٥/٣ .

٣) الخلاف ٤٠١/٢، قال فيه: اذا تزوجت برجل فبان انه خصي اومسلول اوموجوء كان لها الخيار .

٤) الكافى ٤١٠/٥ ، التهذيب ٤٣٢/٧ ، الفقيه ٢٦٨/٣ .

٥) النهاية : ٤٨٧ .

(السادسة) لو ادعت عننه فأنكر فالقول قوله مع يمينه .

ومع ثبوته يثبت لها الخيار ولو كان متجدداً، اذا عجز عن وطئها قبلا ودبراً وعن وطء غيرها.

ولو ادعى الوطء فأنكرت، فالقول قوله مع يمينه .

نعم، وتبعه القاضي. وقال ابنابابويه[1] يلزمه نصف المهر، وقال ابن ادريس[2] لايلزمه شيء لعدم الدليل عليه والاصل براءة الذمة، وأجمع الكل على تعزيره لئلا يعود الى مثله .

واختار المصنف الاول للزوم المهر بالعقد كملا وعدم الدليل على سقوطه، وتؤيده رواية عبدالله بن مسكان صحيحاً قال: بعثت بمسألة مع ابن اعين قلت : سله عن خصي دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصياً . قال : يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر بدخوله عليها[3] ومثله روى سماعة عن الصادق عليه السلام[4] .

قولـه : لوادعت عننه فانكر فالقول قوله مع يمينه، ومع ثبوته يثبت لها الخيار ، ولو كان متجدداً اذا عجز عـن وطئها قبلا ودبراً وعن وطيء غيرها . ولوادعى الوطيء فانكرت فالقول قوله مع يمينه .

هنا مسائل :

---

١) قال في المقنع ١٠٤ : وان دلس خصي نفسه لامرأة فرق بينهما وتأخذ منه صداقها ويوجع ظهره . اقول : وظاهر هذا اخذ تمام الصداق .

٢) السرائر : ٣١٠ .

٣) التهذيب ١٣٢/٧ .

٤) الكافي ٤١٠/٥ ، التهذيب ٤٣٢/٧ .

(الاولى) لواختلف الزوجان في حصول العنة وعدمها، قال الشيخ[1] وابن ابى عقيل والقاضي وابن ادريس والصدوق في المقنع القول قول الرجل مع يمينه، عملابعموم قوله عليه السلام: واليمين علىمن أنكر. وانما خص بالرجل لاصالة السلامة والزوجة تدعي خلافه ، فكان القول قول الزوج .

وقال علي بن بابويه عليها البينة لانها المدعية وعليه اليمين اذا عجزت .

وقال الشيخ في الخلاف[2] : يحشوا قبلها خلوقاً فان كان على ذكره أثر الخلوق علم انه أصابها وان لم يكن علم أنه لم يصبها . وتبعه الكيدري .

وقال علي أيضاً في رسالته وابنه في المقنع[3] يقعد الرجل فيالماء البارد ، فان استرخى ذكره فهوعنين وان تشنج فهو ليس بعنين . وبه قال ابن حمزة .

واحتج الشيخ في الخلاف باجماع الطائفة ، وبما رواه عبدالله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال : قالت امرأة للصادق عليه السلام أوسأله رجل : رجل تدعي امرأته عليه أنه عنين وينكر الرجل . قال : تحشوها القابلة بالخلوق ولايعلم الرجل ويدخل عليها الرجلفان خرج على ذكره الخلوقصدق وكذبت والاصدقت وكذب[4] .

وفي قول علي نظر، لان البينة يتعذر اقامتهاهنا. اللهم الا ان تكون الشهادة على أثرالخلوق أوالاسترخاء أوالاقرار . وقول الشيخ في الخلاف غير بعدالا أن الرواية مرسلة .

---

١) النهاية : ٤٨٧ ، قال فيه : وان كانت المرأة ثيباً كان القول قول الرجل مع يمينه بالله تعالى .

٢) الخلاف ٤٠١/٢ .

٣) المقنع : ١٠٧ .

٤) التهذيب ٤٢٩/٧ ، الكافى ٤١١/٥ ، الاستبصار ٢٥١/٣ .

(السابعة) ان صبرت مع العنن فلا بحث وان رفعت أمرهاالى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع .

فان عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر .

وقال ابن ادريس : لايعلم ذلك الابالاقرار . وفيه نظر، لان الكلام مع عدم الاقرار .

واختار المصنف والعلامة قول النهاية ، لما تقدم ولرواية ابى حمزة قال : سمعت الباقر عليه السلام يقول: اذا تزوج المرأة الثيب التي تزوجت زوجاً غيره فزعمت أنه لايقربها منذ دخل بها فان القول في ذلك قول الزوج وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية[1] .

وفيه أيضاً نظر ، اما أولا فلان الحكم بيمين المنكر عند تعذر البينة مسلم على تقدير عدم طريق آخر أقوى من اليمين لامطلقاً، والطريق موجود وهو حشو الخلوق ، وقد ادعى الشيخ عليه الاجماع . وأما ثانياً فلان رواية أبى حمزة نقول بموجبها الا أنها غير محل النزاع، فان دعوى عدم الدخول لايستلزم دعوى العنة .

(الثانية) أنه مع ثبوت العنة يثبت لها الخيار وان كان متجدداً، لكن مع العجز عنها وعن غيرها ، لانه لو لم يعجز عن غيرها لما كان ذلك أمراً طبيعياً بل أمراً خيالياً ، فلا يكون موجباً للفسخ .

(الثالثة) لو ادعى بعد ثبوت العنة أنه وطئها فالخلاف هنا كما تقدم .

قوله : ان صبرت مع العنة فلا بحث ، وان رفعت امرها الى الحاكم أجلها سنة من حين الترافع، فان عجزعنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر .

---

١) التهذيب ٤٢٩/٧ .

هذا الحكم هو المشهور بين الاصحاب ، ومستنده رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام قال: العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت أقامت[1] .

وخالف ابن الجنيد في موضعين :

«الاول» ـ أنه جعل التأجيل المذكور مختصاً بما اذا ادعى الزوج حدوث ذلك به بعد العقد ، وجعل السابق على الدخول يوجب الفسخ ان اختارت المرأة ، محتجاً برواية غياث المضى عن الصادق عليه السلام في العنين اذا علم أنه عنين لايأتي النساء فرق بينهما ، واذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما[2] .

والتحقيق هنا أن نقول: ان كانت الحكمة في التأجيل أن يعالج نفسه فالقول ماقاله الاصحاب ، وتؤيده رواية ابى الصباح : اذا تزوج الرجل المرأة وهو لايقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه[3] . وان كانت الحكمة حصول العلم بالعنة فمتى حصل العلم بذلك لاحاجة الى التأجيل، واذا لم يحصل العلم أجل ، وبذلك يجمع بين الروايات .

« الثاني » ـ أنه أوجب المهر كملا ، وهو بناء على أصله من لزوم المهر كملا بالخلوة .

بقي هنا سؤال: وهو أنكم أوجبتم في الخصاء كمال المهر وفي العنين النصف، فما الفرق ؟

والجواب : ان النظر كان يقتضي أن لامهر في العنين ، لانه فسخ وقع من الزوجة قبل الدخول فلايستعقب شيئاً، وانما أوجبنا النصف لاطلاعه على محارمها

---

١) التهذيب ٧ / ٤٣١ ، الاستبصار ٣ / ٢٤٩ .

٢) التهذيب ٧ / ٤٣٠ .

٣) التهذيب ٧ / ٤٣١ ، الاستبصار ٣ / ٢٤٩ .

(تتمـة)

لوتزوج على أنها حرة فبانت أمة فله الفسخ ، فلا مهر لو لم يدخل ، ولو دخل فلها المهر على الاشبه ويرجع به على المدلس .

وقيل: لمولاها العشرا ونصف العشر ان لم يكن مدلساً .

وخلوته بها مدة وليس كذلك الخصاء: أما أولا فلانه قدبطأ، وأما ثانياً فلتجريه على الخداع والدخيلة فألزم المهر كملا ردعاً لامثاله، وأما ثالثاً فللنص الوارد بذلك .

قوله : لوتزوج على انها حرة فبانت امة فله الفسخ فلا مهر لولم يدخل ولودخل فلها المهر على الاشبه ويرجع بـه على المدلس ، وقيل لمولاها العشرأ و نصف العشران لم يكن مدلساً .

لاخلاف أنه لو فسخ قبل الدخول أنه لامهر، اما مع الدخول ففي المسألة اقوال :

الاول: قول الشيخ[1] في النهاية والمفيد والقاضي، وهوما اختاره المصنف.

الثاني : قول ابـن الجنيد أنه ان دلست نفسها واخذت مهرها فان كانت عينة باقية استعادها الزوج والافلا .

الثالث : قول ابـن حمزة ان دلسها مولاها سقط المهر المسمى ولزم مهر المثل ورجع به على سيدها ، وان دلسها الشاهدان رجع بالمهرعليهما ، وكذا ان دلسها أجنبى رجع عليه بالمهر ولسيدها العشر انكانت بكراً ونصفه انكانت ثيباً وأرش العيب ان عابت بالولادة .

---

١) النهاية : ٤٨٤ ، المقنعة : ٨١ .

الرابع : قول الكيدري ان كان المدلس مولاها كان ذلك اقراراً لها بالحرية ويسقط خيار الزوج .

الخامس : قول الصدوق في المقنع[1] انه مع الفسخ للسيد عشر قيمتها ان كانت بكراً ونصفه ان كانت ثيباً، وهوقول ابن الجنيد .

والتحقيق هنا ان نقول: ان دلست نفسها بطل المهرالمسمى لفساد العقد في نفس الامر، اذ هوتصرف في ملك الغير ، ولزمه مهر المثل لمولاها وأرش ما يحدث بها من عيب ، وتبعت بذلك كله بعد عتقها . ثم ان كان أعطاها شيئاً من المهراستعاده ان كانت عينة باقية والامثله أو قيمته، لان بضعاً واحداً لايكون له مهران بعقد واحد أوشبهة عقد . وان دلسها أجنبي رجع عليه بما غرمه للسيد الا أقل ما يكون مهراً في تلك المدة متعة ، وان دلسها مولاها يحكم عليه بحريتها ان تلفظ بما يقتضيها وحينئذ لاخياروالافلا لكن له من المهر أقل مايمكن فرضه في تلك المدة ويسقط الباقي مقاصة .

ويظهر من ذلك وجه الاشبهية في كلام المصنف ، لكنه لم يوجب على الواطىء شيئاً في مقابلة وطئه ، ولابد من ذلك لئلا يخلو وطىء غير زان من عوض .

هذا ولوفرض حصول ولد من ذلك الوطىء ففيه أيضاً أقوال :

الاول : قال الصدوق[2] ان أقام الرجل بينة على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها وذهب المولى بأمته، وان لم يقم بينة أوجع ظهره واسترق ولده .

الثاني : قال ابن الجنيد ان دلست نفسها كان ولدها عبداً ، وان دلسها ولي كان عليه قيمة الولد لمولاها ويلحق الولد بأبيه .

---

١) المقنع : ١٠٤ .

٢) المقنع ١٠٤ ، قال فيه : فان جاءت بولد فهوحراذا كان النكاح بغيراذن المولى.

وكذا تفسخ هى لو بان زوجها مملوكاً .

ولا مهر قبل الدخول ولها المهر بعده .

ولو اشترط كونها بنت مهيرة فبانت بنت أمة فله الفسخ ولامهر ويثبت لو دخل .

الثالث : قال ابن حمزة ان دلسها أجنبى أو شاهدان أو مولاها أو دلست نفسها كان الولد حراً ، وان تزوجها بظاهر الحال على الحرية كان الولد رقاً للمولى وعليه ان يبيعه من أبيه ، وان عجز استسعى في قيمته ، وان لم يسع دفع الامام قيمته من سهم الرقاب، ومع فقده يبقى رقاً الى أن يبلغ ويسعى في فك رقبته .

والتحقيق أنه لاحق بأبيه وعليه قيمته يوم سقط حياً ، ويرجع بذلك على المدلس ان وجد والا اختص الغرم بالاب .

قوله : وكذا تفسخ هى لوبان زوجها مملوكاً ولامهر قبل الدخول ولهاالمهر بعده

اذا زوجت الحرة نفسها برجل على أنه حرثم ظهرأنه عبد فلها الخيارأيضاً كما تقدم ، وكذا لمولى العبد الخيار ، ولايثبت العقد الا برضاهما معاً ويلزم المولى حينئذ المهر، وان لم يتفقا على الرضا انفسخ العقد، فان كان قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده فلا يخلو : اما أن يكون قد دلسه أحد أولا، فان كان الأول فالمهر على المدلس، فان كان المدلس مولاه حكم بحريته ان تلفظ بما يقتضيها والا فلا ، والمهر على التقديرين على الزوج يتبع به . وان كان الثاني فكذلك ولوحصل ولد كان حراً ، فان كان ثم مدلس ضمن قيمته للمولى والا فلا قيمة على الام اجماعاً ، ولا على الزوج اذ لايثبت للمولى على عبده شيء .

قوله: ولواشترط كونها بنت مهيرة فبانت بنت امة فله الفسخ ولامهر ويثبت لودخل

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري المهيرة الحرة، والاشتقاق يقتضي كونها من تنكح بمهر، لكن نص أهل اللغة على انها الحرة . وثبت في الاصول أصالة عدم النقل يقتضي أن المراد بها شرعاً هو الاول .

(الثانية) هل يراد بالحرة من هي في الاصل كذلك أو من هي حرة الآن ؟ وتظهر الفائدة لو كانت معتقة استشكله العلامة[1] من أنها حرة، والاصل في الاطلاق الحقيقة ، ومن أنها ليست في الاصل كذلك بل أمة وهو نقص ، لكن الفتوى على الاول الا أن يعلم قصد من كانت حرة في الاصل .

(الثالثة) ذكر الشيخ في النهاية[2] هذه المسألة وقال : اذا عقد الرجل على بنت رجل على أنها بنت مهيرة ـ الى آخره . الا أنه قال : ان لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها .

وتبعه القاضي والكيدري وابن ادريس[3] الا أنهم جعلوا كون المهر على أبيها رواية، وهي مارواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن رجل خطب الى رجل بنتاً له من مهيرة، فلما كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه بنتاً له أخرى من أمة. قال : ترد على أبيها وترد عليه امرأته ويكون مهرها على أبيها[4] . ووجه الدلالة أنه اذا كان ضامناً في هذه الصورة لزم الضمان في صورة النزاع لعدم الفرق بينهما .

قال العلامة[5] : انما كان المهر على أبيها اذا كان مدلساً لكونه فوت عليها البضع كالوكيل .

---

١) القواعد ، الفصل الثالث من فصول مقاصد الباب الخامس في توابع النكاح .

٢) النهاية : ٤٨٥ .

٣) السرائر : ٣٠٩ .

٤) التهذيب ٧/٤٣٥ .

٥) قال في القواعد في الفصل الثالث من الباب الخامس من كتاب النكاح : ولامهر

ولو تزوج بنت مهيرة فأدخلت عليه بنت الامة ردها ولها المهر مع الوطء للشبهة ويرجع به على من ساقها ، وله زوجته .

وفيه نظر ، لانا نمنع كونه مفوتاً ، وانما يكون ذلك ان لو لم ينفسخ العقد ولم يلزم المهر . والحق أن المهر غير لازم للاب، لانه انما يلزم اما بالعقد والفرض انفساخه أو بالدخول ولم يحصل .

(الرابعة) فهم المصنف والعلامة من عبارة الشيخ أنها غيردالة على اشتراط كونها بنت مهيرة، فلذلك قالا في تصانيفهما لو اشترط كونها بنت مهيرة . وهو ممنوع بل عبارته تدل على الاشتراط ، كقوله تعالى «هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشداً »[1] ، فان «على» اذا تعقبها «ان» كانت من أدوات الشرط عند الشيخ .

قوله : ولو تزوج بنت المهيرة فادخلت عليه بنت الامة ردها ولها المهرمع الوطيء للشبهة ويرجع به على من ساقها وله زوجته .

هذه أيضاً ذكرها الشيخ في النهاية[2]، ومستنده الرواية[3] المذكورة آنفاً . وتبعه القاضي .

والتحقيق أن المسوقة الاولى ان كانت عالمة أنها ليست هي المعقود عليها كانت زانية لا مهر لها ، والافلها مهراً مثالها لا المسمى ، بل هو لبنت المهيرة ، فان قبضته الاولى أخذمنها الفاضل عن مهرالمثل وللزوج الرجوع على أبيها ان كان هو السائق أوعلى من ساقها بمهر المثل لتغريره اياه .

قبل الدخول وبعده يرجع على المدلس أباًكان اوغيره .

---

١) سورة الكهف : ٦٦ .

٢) النهاية : ٤٨٥ .

٣) وهي رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد مرت آنفاً عن التهذيب .

ولو تزوج اثنان فأدخلت امرأة كل منهما على الاخر، كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطىء للشبهة وعليها العدة وتعاد الى زوجها وعليه مهرها الاصلي .

قوله: ولوتزوج اثنان فادخلت امرأة كل منهما على الاخر كان لكل موطوءة مهر المثل على الواطىء للشبهة وعليها العدة وتعاد على زوجها وعليه مهرها الاصلي .

هذا مضمون رواية جميل بن صالح عن بعض أصحاب الصادق عليه السلام[1] ، وذكره الشيخ في النهاية[2] وقال : ان كان الولي تعمد ذلك أغرم الصداق ولايقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فان ماتاقبل انقضاء العدة فليرجع الزجان بنصف الصداق على ورثتهما ويرثانهما الزوجان، وان مات الزوجان وهما في العدة فانهما ترثانهما ولهما المسمى .

واعترض عليه ابن ادريس[3] بأن موت أحد الزوجين لايسقط من المهر شيئاً سواء دخل بها أولا .

وأجيب : بأن كلام الشيخ لايدل على تنصيف المهر ولا الرواية تدل عليه، فان عبارتها هكذا : قيل له: فان ماتتا قبل انقضاء العدة . فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما وترثانهما . وهذا لايدل على المطلوب ، لجواز أن يكون التنصيف من جهة الميراث لعدم الولد، فان الزوج له من تركة زوجته النصف مع عدم الولد مهراً كان أوغيره . وقوله «ويرثانهما» لايدل على تنصيف

---

١) التهذيب ٧/٤٣٤ ، الفقيه ٣/٢٠٧ ، الكافي ٥/٤٠٧ .

٢) النهاية : ٤٨٨ .

٣) السرائر : ٣١٠ .

ولوتزوجها بكراً فوجدها ثيباً فلا رد .

وفي رواية ينقص مهرها .

(النظر الثاني) في المهر . وفيه أطراف :

المهر، لجواز أن يكون افراده بالذكر لدفع وهم من يتوهم أن الزوج لايرث من المهر .

وهنا فوائد :

(الاولى) لوعلمت كل منهما أنها ليست زوجة للداخلة عليه كانت زانية ولا مهر لها .

(الثانية) لولم يحصل الوطىء لكل منهما ردت كل منهما الى زوجها ولا مهرولا عدة ، ولووطئت احداهما اختصت بالمهروالعدة .

(الثالثة) لوعلم الزوج أن المسوقة ليست زوجته وجهلت هي كان لها المهر ولايرجع به على السائق لعدم تغريره .

(الرابعة) في قول الشيخ «ان كان الولي تعمد ذلك» نظربنشأ من أن اتلاف منفعة البضع لايشترط فيها القصد كالرضاع ولا المباشرة بل يكفي التسبيب.

قوله : ولو تزوجها بكراً فوجدها ثيباً فلارد ، وفى رواية ينقص مهرها

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لوتزوجها ولم يشترط كونها بكراً أنه لاخيار له ولا نقص من مهرها لوظهرت ثيباً لان الثيوبة ليست عيباً وقد لاتكون مقصودة .

(الثانية) لو اشترط كونها بكراً فوجدها ثيباً ، قال التقى ليس له الفسخ . وهوالمشهوربين الاصحاب ، لامكان تجدده .

وفصل العلامة بـأنه ان ثبت سبق الثيوبة على العقد كان له الفسخ لفوات ماشترط ، لان كل مايذكر بين الايجاب والقبول مـن الصفات الكمالية يثبت

بعدمه حال الشرط التدليس والغرور ، فيكون له الفسخ ، والابخرج الشرط عن كونه شرطاً وهوباطل. والثبوت اما بالبينة أوتصديقها ، وان لم يثبت ذلك فلا خيار .

(الثالثة) اذا لم يثبت السبق أو ثبت وقلنا لاخيارهل له أن ينقص من مهرها شيئاً أم لا ؟ قال التقي لاينقص لثبوت المهربالعقد ، والاصل البقاء على ماكان .

وقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي نعم ينقص استناداً الى الرواية المشار اليها ، وهي مارواه محمد بن جزك ـ بالجيم والزاي المعجمة والكاف ـ قال: كتبت الى ابيالحسن الهادي عليهالسلام ـ لانه من رجاله ـ أسأله رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً هل يجب لها الصداق وافياً أوينتقص. قال : ينتقص[2].

(الرابعة) اختلف القائلون بالنقص على أقوال :

الاول : قول الشيخ والقاضي أنـه ينقص شيء مطلقاً ، ولم يقدراه تعويلا علىالرواية المذكورة .

الثاني : قول الراوندي أنه السدس ، لانه لابد من اضمارشيء لصدقه على كل مايضمر، والشيء في عرف الشرع هوالسدس كما في الوصية.

وفيه نظر، لان اللازم اضمار منكر كلي صادق على القليل والكثير ولادلالة للعام على الخاص ، وكون الشيء في الوصية السدس لايطرد والالكان كذلك في الاقرار والامر، مع أن قوله تعالى «ولايحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»[3] يبطله، فانه ليس المراد به السدس .

الثالث: قول ابنادريس[4] انه ينقص مابين مهرها بكراً وثيباً، وذلكيختلف

---

١) النهاية : ٤٧٥ ، قال فيه : ومتى تزوج الرجل بامرأة على انها بكرفوجدها ثيباً فانه يجوز له ان ينتقص من مهرها شيئاً .

٢) التهذيب ٤٢٨/٧ ، الكافي ٤١٣/٥ .

٣) سورة البقرة : ٢٢٩ .

٤) السرائر : ٣٠٢ .

(الطرف الاول) كل ما يملكه المسلم يكون مهراً، عيناً كـان أو ديناً أو منفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوى فيه الـزوج و الاجنبى.

باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك. وهوجيد، لان الرضا بالمهر المعين انما حصل بناء على بكارتها ولـم يحصل، فيكون تمليكاً على وجه مخصوص، فلا يلزم بانتفاء الخصوصية.

نعم أورد على عبارته أنه ربما استغرق فخلا النكاح من مهر.

وأجيب :بأن المراد نسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر.

الرابع: استحسن المصنف احالة تقديرذلك الى نظر الحاكم، فان اللفظ المجمل اذا عري عن تفسير شرعي أو لغوي رجع فيه الى نظر الحاكم.

(الخامسة) اذا فسخ ودفع المهررجع به على المدلس وان كانت هي المدلسة الأباقل مايمكن أن يكون مهراً. نعم هل يشترط زوال البكارة بالوطىء أومطلقا ؟ فيه نظر، الظاهر الاول.

قوله: الطرف الاول كلما يملكه المسلم يكون مهراً١) عيناً كان أوديناً أومنفعة كتعليم الصنعة والسورة، ويستوى فيه٢) الزوج والاجنبى

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري المهر الصداق، وقال ابوزيد مهرت المرأة مهرها مهراً وأمهرتها، وأنشد :

---

١) قال فى المصباح : المهر : صداق المرأة، والجمع مهورة، مثـل بعل وبعولة وفحل وفحولة. وقال فى اللسان جمعه : مهور.

٢) ضمير « فيه » يرجع الى « التعليم » اى يستوى فـى التعليم الزوج والاجنبي. ولاخلاف فى الاجنبي وفى الزوج اذا لم يكن مراد منه بنفسه مقدراً بمدة معينة بل علق بذمته

اخذن اغتصاباً خطبة عجرفية   وأمهرن أرماحاً من الخط ذبلا[1]

وقد يعبر عنه بالصدقة والنحلة والاجر والفريضة والعقر والحباء والعلائق[2].

(الثانية) المهر مال يجب بعقد نكاح وبوطيء غير زنا من المرأة ولا ملك يمين. وذكره غير شرط الا في المتعة.

ثم المال قد يكون عيناً كهذه الدابة أو الدراهم أو الثوب، وقد يكون ديناً كمائة درهم أو دينار، وكذا من الحنطة أو السمن ويوصف في الجميع بصفات السلم، وقد يكون منفعة كبناء دار وخياطة ثوب وتعليم صنعة كذا وسورة كذا مع ضبط الجميع بما يرفع الجهالة.

(الثالثة) قوله «ويستوي فيه الزوج والأجنبي» أي في تعليم الصنعة والسورة، اعم من ان يأتيه بنفسه او بغيره فيصح هنا قطعا وفاقاً وقد حكاه جماعة. كذا قال في الرياض.

---

١) الغصب: اخذ مال الغير ظلماً وعدواناً. والخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء المهملة وفتح الباء هو اسم من خطب الرجل أو المرأة الى القوم: اذا طلب ان يتزوج منهم. العجرفية: الجفوة في الكلام، والخرق في العمل والسرعة في المشي. والمهر: الصداق.

الارماح جمع الرمح بضم الراء وسكون الميم: سلاح معروف. الخط: لعل المراد منه مكان معروف تنسب اليه الرماح الخطية.

والذبل كركع جمع ذابل، يقال قنى ذابل أي رقيق لاصق بالليط. في تاج العروس نسب هذا البيت لساعدة بن جؤية وقال اوله:

اذا مهرت صلباً قليلا عراقه   تقول ألا اديتني فتقرب

٢) العقر بضم الاول وسكون الثاني: دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها، ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر، ومنه « ليس على عقر » أي مهر. والعقر ماتعطاه المرأة على وطيء الشبهة.

والنحلة: الهبة كأن المهور هبة من الله تعالى للنساء، يقال: نحله اى اعطاه ووهبه من طيب نفس بلاتوقع عوض.

وحبوت الرجل حباء بكسر الحاء ومد آخره: أعطيته الشيء بغير عوض.

أما لو جعلت المهر استئجاره مدة فقولان، أشبههما : الجواز.

لان الغرض حصول التعليم والحذق[1] لتلك الصنعة والسورة، سواء كان التعليم منه أومن غيره .

لكن لو شرط تعليم السورة من الاجنبي ففي صحة الشرط نظر : من أن الغرض الحذق ، ومن حيث اشتماله على سماع صوتها المحرم على الاجنبي.

قوله : اما لوجعلت[2] المهر استيجاره مدة فقولان اشبههما الجواز

قد تقدم أن كل ما ينتفع به من عين أو منفعة أو تعليم صنعة أو سورة جاز كونه مهراً .

قال الشيخ في الخلاف[3] : استثنى أصحابنا من ذلك الاجارة ، ونحوه قال في المبسوط والنهاية[4] ، وتبعه القاضي في الكامل ، واحتجا برواية احمد ابن محمد قوياً عن ابى الحسن عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة ويشرط اجارة شهرين . فقال : ان موسى قد علم أنه سيتم له شرطاً فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي[5] .

وقال ابن الجنيد والمفيد وسلار وابن ادريس[6] بالجواز للاصل، ولما تقدم

والفريضة فعيلة بمعنى مفعولة ، والجمع فرائض . قيل هو من الفرض بمعنى التقدير، وفى الاية الشريفة « فرضتم لهن فريضة » [البقرة : ٢٣٧] اى أوجبتم لهن مهراً وقد رتم لهن صداقاً .

١) حذق الرجل فى صنعته حذقاً : مهر فيها وعرف غوامضها ودقائقها .

٢) اى اما لوجعلت الزوجة المهر استيجار الزوج مدة معينة .

٣) الخلاف ٢/٤٠٤ .

٤) المبسوط ٢٧٣/٤، النهاية: ٤٦٩ .

٥) التهذيب ٣٦٦/٧ .

٦) السرائر : ٣٠٠ .

ولا تقدير للمهر فى القلة ولا فى الكثرة عاى الاشبه بل يتقدر بالتراضى .

ولابد من تعيينه بالوصف أو الا شارة ، ويكفى المشاهدة عن كيله ووزنه .

من رواية سهل في جعل تعليم القرآن مهراً . وهذا هو الاشبه . ورواية احمد ابن محمد محمولة على الكراهية، والتعليل يدل على ذلك. كيف والتعليل سار في سائر الاجارات المعينة وان لم يكن مهراً ولاقائل بالمنع .

قال العلامة في المختلف[1]: يحتمل منع كون الاجارة المعينة مهراً، لتعذر الرجوع الى العوض ولزوم عراء البضع عن العوض ، وتمسك برواية احمد المذكورة .

وفيه نظر، لانا نمنع تعذرالرجوع الى العوض، لجواز الرجوع الى قيمته كما يرجع الى قيمة غير المثلي لوتعذر .

قوله : ولاتقدير للمهرفى القلة ولا فـى الكثرة على الاشبه بل يتقدر بالتراضى

أما الاول ـ وهو عدم تقدره قلة ـ فاجماعي . وأما الثاني وهو عدم تقدره كثرة مع تراضيهما بذلك فهو قول الشيخين[2] وابن ابى عقيل والتقي والقاضي وسلار وابـن ادريس[3]، وظاهر كلام الصدوق فـي المقنع[3]. وعليه الفتوى

---

١) المختلف ٢/٩٤ .

٢) المقنعة : ٧٩ ، المبسوط ٤/٢٧٢ .

٣) السرائر : ٣٠٠ ، المقنع ٩٩، قال فيه : واذا تزوجت فانظران لايتجاوز مهرها مهر السنة .

والاجماع اليوم ، ويؤيده قوله تعالى « وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً»[1].

ومارواه الوشا عن الصادق عليه‌السلام قال: سمعته يقول: لوأن رجلاتزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لابيها عشرةآلاف كان المهر جائزاً والذي جعله لابيها فاسداً[2] .

وما روى[3] أن عمر تزوج ام كلثوم وأصدقها أربعين ألف درهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، وحكى الشيخ ان الحسن بن علي عليه السلام تزوج امرأة وأصدقها مائة جارية مع كل جارية ألف درهم[4].

وقال المرتضى لاتجوز الزيادة على مهر السنة ولوزادرداليه، محتجاًبالاجماع وعدم الدليل على جواز الزيادة شرعاً ، وبرواية المفضل بن عمر قال : دخلت على الصادق عليه‌السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لايجوز للمؤمنين أن يجوزوه. قال: فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم ، فمن زاد على ذلك رده الى السنة ولاشيء عليه اكثرمن الخمسمائة درهم[5] .

وأجيب : بمنع الاجماع ، بل الاجماع على نقيضه ، وبمنع عدم الدليل، كيف والايات القرآنية تدل على جوازه كالاية المذكورة وعموم « فنصف ما فرضتم »[6] و «آتوا النساء صدقاتهن نحلة»[7] . وان سلم عدم الدليل فذلك غير

١) سورة النساء : ٢٠ .
٢) الكافي ٥/٣٨٤ .
٣) السرائر : ٤٩١ ، الوسائل ١٥/٢٠ ، المبسوط ٤/٢٧٢ .
٤) المبسوط ٤/٢٧٢ ، الوسائل ١٥/١٩ .
٥) التهذيب ٧/٣٦١ ، الاستبصار ٣/٢١٤ .
٦) سورة البقرة : ٢٣٧ .
٧) سورة النساء : ٤ .

ولو تزوجها على خادم فلم يتعين ، فلها وسطه . وكذا لو قال : دار أو بيت .

ولو قال على السنة كان خمسمائة درهم .

ولو سمى لها مهراً ولابيها شيئاً سقط ما سمى له .

ولو عقد الذميان على خمر أو خنزير صح .

ولو أسلما أو أحدهما قبل القبض فلها القيمة عيناً أو مضموناً .

دال على عدم الجواز، لان الاصل في كل شيء الجواز مالم يقم دليل على منعه . والرواية ضعيفة ، لان في طريقها محمد بن سنان ونقل الشيخ الطعن عليه ورماه الغضائري بالغلو. وعلى تقدير تسليم صحتها فهي محمولة على الاستحباب.

قوله : ولو تزوجها على خادم ولم يتعين فلها وسطه ، وكذا لو قال : دار أو بيت

هكذا قال الشيخ في النهاية[1] وتبعه ابن ادريس ، وقيل بل الاقل عملا بالمتيقن. واستضعف القولين العلامة في القواعد[2] واختار السعيد[3] بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل . وهو الاقوى .

قوله : ولو سمى لها مهراً ولابيها شيئاً سقط ما سمى له

هذا الكلام يحتمل وجهين :

(الاول) أنه سمى لها مهراً ولابيها شيئاً آخر غير مهرها . وهذا لا خلاف في

---

١) النهاية : ٤٧٣ .

٢) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الثاني من الباب الخامس من كتاب النكاح .

٣) الايضاح ١٩٥/٣ ، قال فيه : قوله « قيل » اشارة الى قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن ادريس ، وقيل الاقل . والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل .

أنه لايلزم ماسمي لابيها ، لان الاستحقاق بسبب البضع وهوغيرمتحقق في حق الاب ، ولرواية الوشا المتقدمة[1] .

نعم قال ابن الجنيد : ان الوفاء بذلك أحوط .

قال العلامة : الوجه أن نقول ان كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح وفعله لزم ولم يسقط منه شيء بالطلاق ، وان لم يكن على جهة الجعالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه منه شيء .

وفيه نظر ، لانه لا كلام في لزوم المجعول مع القيام بما جعله عليه، وانما الكلام في لزوم ماسمى للولي لا على وجه الجعالة على فعل شيء . والحق استحباب الوفاء به كما قال ابن الجنيد .

(الثاني) أن يسمى لها مهراً ولابيها من ذلك المهر شيئاً . فهذا لا يخلو: اما أن يكون ابتداء منه أو بأمرها واشترطها ذلك ، فالاول لايلزم ماذكره لابيها بل الجميع لها بغيرخلاف، والثاني قال ابن الجنيد انه من جملة الصداق فيكون لازماً له ، فلو سلمه وطلق رجع بنصفه . وهوصحيح ، لان رضاها بالعقد انما حصل على ذلك التقدير فيكون من جملة المهر .

والمصنف في الشرائع[2] جعل ذلك قولا محكياً .

وهنا فوائد :

(الاولى) اذا قلنا باستحباب الوفاء كما قال ابن الجنيد في القسم الاول لا يكون ذلك جزء من المهرفلا يرجع بنصفه لوطلق .

(الثانية) هل يلزمها الوفاء بما شرطت لابيها من المهر ؟ الاقرب لا ، بل يستحب لان ذلك مجرد وعد من قبلها فلا يجب الوفاء به .

---

١) الكافي ٥/٣٨٤ .

٢) الشرائع : ١٨٢ .

ولا يجوز عقد المسلم على الخمر، ولو عقد صح.

ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل: يبطل العقد.

(الثالثة) يشترط في استحباب الوفاء بلوغها ورشدها، أما مع الحجر عليها لو سمى الزوج ذلك مع اتفاق الولي فلا يصح، لان الولي يجب عليه فعل المصلحة أو الاصلح ولايجوز أخذ العوض على الواجب.

(الرابعة) لافرق بين الاب والاجنبي في صورة اللزوم وعدمه.

(الخامسة) اذا قلنا باستحباب وفائها وسلم ذلك باذنها لم يكن لها رجوع لانها عطية ذي رحم ان كان أباً أو غيره من ذوي الارحام، وان كان أجنبياً فلها الرجوع مع شرائطه المتقدمة في الهبة.

قوله: ولايجوز عقد المسلم على الخمر، ولوعقد صح ولها مع الدخول مهر المثل، وقيل يبطل العقد

هنا فوائد يتنقح بها هذا الكلام:

(الاولى) لايجوز عقد المسلم على الخمر، للاجماع على وجوب كون المهر مالا بالنسبة الى الزوجين، ولاشيء من الخمر بمال بالنسبة الى المسلم فلا يجوز له أن يعقد عليه.

(الثانية) لوعقد المسلم عليه هل يكون العقد صحيحاً أم لا؟ قال ابن الجنيد والشيخ[1] في المبسوط والخلاف وابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس[2] نعم، لوجوه:

«الاول» ـ أصالة الصحة لصدوره من أهله في محله.

---

١) المبسوط ٤/٢٧٢، الخلاف ٢/٤٠٣.

٢) السرائر: ٣٠٠.

«الثاني» ـ وجود المقتضي لها وهو الايجاب والقبول وانتفاء المانع ، اذ ليس الاعدم مالية الخمر ، وهو غيرمؤثرفي البطلان لصحة عرائه عن المهوبل يصح أيضاً مع شرط عدمه فلايكون ذكره فاسداً أبلغ من اشتراط عدمه .

«الثالث» ـ المهر والعقد غير أن لا تلازم بينهما ، ففساد أحدهما لايستلزم فساد الاخر. وقال المفيد في المقنعة[1] والشيخ في النهاية[2] والتقي والقاضي لا بل يبطل به لوجوب اقتران الرضا بالعقد والرضا لم يقع الا على الباطل فيبطل النكاح لبطلان شرطه، ولقول الباقر عليه السلام: المهرماتراضيا عليه قل أو كثر[3]. وينعكس بعكس النقيض الى قولنا : ان مالم يتراضيا عليه لايكون مهراً ، فنقول ماتراضيا عليه لايصح أن يكون مهراً شرعاً ، ومالم يتراضيا عليه لايكون مهراً ، فيخلو البضع عن العوض فيبطل .

ولانه عقد معاوضة ، وكل عقد معاوضة يفسد بفساد العوض ، فيبطل هنا : أما الصغرى فلقوله تعالى « فآتوهن أجورهن »[4] ولانه معلوم من قولنا زوجتك فلانة بكذا . وأما الكبرى فللحمل على البيع وغيره من المعاوضات .

وتوقف العلامة في المختلف[5]. والاقرب الاول ، لضعف حجة الثاني : أما الاول فلان كون الرضا بالمهر الصحيح شرطاً باطل لانه مصادرة على المطلوب ، وأما الثاني فللمنع من كون مالم يتراضيا عليه لايكون مهراً ، وسنده مهر المثل مع التفويض فانه مهر ولم يتراضيا عليه . وأما الثالث فلانه قياس ، ومع جوازه فهوعار عن جامع .

---

١) المقنعة : ٧٩ .

٢) النهاية: ٤٦٩ .

٣) التهذيب ٣٥٣/٧ ، الكافي ٢٧٩/٥ بتفاوت بينهما .

٤) سورة النساء : ٢٤ .

٥) المختلف ٩٣/٢ .

(الثالثة) اذا قلنا بالصحة ماالذي يلزم حينئذ ؟ قال الشيخ في الخلاف وابن حمزة وظاهر قول ابن ادرس أنه مهر المثل ، لان التسمية هنا كلا تسمية لابطال الشارع اياها فيجب العوض وهومهر المثل .

وقال الشيخ في المبسوط يلزمه قيمته عند مستحيله، لانها أقرب الى ماتراضيا عليه، لانهما لما تراضيا على المحرم تضمن شيئين : أحدهما الرضا بخصوصية العين ، والثاني اعتبار المالية ، لان الزوجين قدرا ذلك مالا فاذا فقد اعتبار العين بقي اعتبار المالية .

ولانه لوعقد عليها على عين فظهرت مستحقة ولم يكن لها مثل فانه يلزمه قيمة تلك العين، كذلك صورة النزاع، لانه لايملك العين ومثلها في حكم العدم، لانه لايملكه ايضاً فوجب الانتقال الى القيمة.

ولانه لوعقد على الخمروهو ذمي فأسلم قبل القبض فانه يلزمه القيمة فكذا هنا .

وفي ماقاله نظر :

أما الاول فلان تقدير المالية بالنسبة الى الزوجين هنا ممتنعة ، فليلغو كما لغى التعيين . وفائدة ذكره قصد الفرض [العوض] وعدم التفويض .

وأما الثاني فللفرق بين الخمروالعين المستحقة، فان قصد المالية في العين ظاهروهوغيرممتنع ولاملغى في نظر الشرع، وأنما عروض الاستحقاق منع من وجوب تسليمها فانتقل الى قيمتها .

وكذا الثالث، فان فرض المالية بالنسبة الى الذمي غيرممتنعة، فمع الاسلام تزول خصوصية العين، فيبقى القيمة .

ونقل السعيد[1] عن الشيخ في المبسوط أنه فرق بين الحر والخمر اعتباراً

١) الايضاح ٣/٢٠٢، وانظر المبسوط ٤/٢٩٠ .

بتقدير المالية في الخمر لا الحر لاستحالتها ، فأوجب في الخمر القيمة وفي الحر مهر المثل .

(الرابعة) ان المصنف والعلامة قيدا وجوب مهر المثل هنا بالدخول، فمفهوم كلامهما أنه لايجب قبل الدخول . فعلى هذا لوطلق قبله أو مات أحدهما فلا شيء .

وفيه بحث، لاحتمال وجوبه بنفس العقد كغيره من المهور المذكورة في العقود . فعلى هذا يتنصف بالطلاق ويستقر بالموت والدخول . أويقال تجب المتعة ، لانه بمنزلة عدم الفرض .

وفي هذا نظر، لان المتعة مشروطة بعدم الفرض وهنا فرض .

(الخامسة) لوعقد على مـال من حيث الاسم لا في نفس الامر ـ كما لو أصدقها هذا الخل وفي زعمه أنه خل فبان خمراً أوهذا العبد وفي زعمه أنه عبد فبان حراً ـ ففيه احتمالات :

الاول: ما ذكره الشيخ[1] في المبسوط والخلاف أنه يثبت قيمة الخمر عند مستحليه ، لان الخمر لامثل لها فيلزم مثلها .

ولايقال: لو كان الخمر خلا كم قيمته، فان مثله لايكون خلا . ولا يمكن نقله الى مهر المثل كما هو مذهب الشافعي ، لعدم الدليل عليه فلم يبق الاقيمته عند مستحليه .

قال العلامة[2] : هذا لايخلو من قوة ، لان الاغراض تتعلق بالاشخاص كما تتعلق بكلياتها لكن الشخص هنا لايمكن المعاوضة عليه فوجب الانتقال الى قيمته عند مستحليه .

---

١) المبسوط ٤/ ٢٩٠ ، الخلاف ٢/ ٤٠٦ .

٢) المختلف ٢/ ٩٩ .

الثاني : الانتقال الى مهر المثل ، لان الكلي غير مرضي به الا في الجزئي المشترط ولم يسلم فقد شرطاً عوضاً لم يسلم لهما فوجب الانتقال الى مهر المثل كما لو تعاقدا على الخمر مع العلم بكونه خمراً .

الثالث : ماقاله ابن ادريس[1] واختاره العلامة أن عليه مثل الخل لانه مثلي فمن نقل الى قيمة الخمر فعليه الدليل . وكذا من أوجب مهر المثل ، لانه عقد على مهر مسمى مما يحل للمسلمين تملكه .

وهذا هو المختار ، لان الرضا انما حصل بالمشار اليه على تقدير أن يكون خلا ، والخصوصية التي يمتاز بها هذا المشار اليه على تقدير كونه خلا عن غيره من الخلول المشاركة له في الماهية وصفاتها الذاتية ليست بمقصودة للعقلاء، مثل كونه في هذا المكان أو هذا الظرف أو من عنب بستان فلان أو من عصير فلان ، فاذا لم تكن هذه المشخصات مقصودة وجب الانتقال الى مثله من خل آخر مشارك له في تمام ماهيته وصفاتها المطلوبة منها على تقدير أن يكون خلا .

ان قلت : ان المماثلة انما تتحقق بين موجودين والمشار اليه ليست خلية موجودة حتى يقاس عليه خل آخر .

قلت: المماثلة بالنسبة الى ما في ذهن المتعاقدين. والحاصل هنا أنه لما وقع التراضي بالمشار اليه على تقدير كونه خلا فقد حصل أمران : أحدهما كلي وهو الخل المقدر، وثانيهما جزئي شخصي وهو المشار اليه ، فيحتمل تغليب الجزئي لانه المقصود بالذات والكلي بالتبعية، وقد عدم الجزئي المقصود بالذات فيعدم تابعه ، فلهذا حكم اما بالقيمة عند مستحليه لانها أقرب اليه عند تعذره، واما بمهر المثل لبطلان الكلي بتغليب الجزئي عليه وبطلان الجزئي لخروجه عن المالية.

---

١) السرائر: ٣٠٤، المختلف ٩٩/٢ .

(الطرف الثانى) التفويض . لايشترط فى الصحة ذكر المهر . فلو أغفله أو شرط ألا مهر لها فالعقد صحيح .

ولو طلق فلها المتعة قبل الدخول ، وبعده لها مهر المثل .

ويعتبر فى مهر المثل حالها فى الشرف والجمال ، وفى المتعة حاله .

قوله : الطرف الثانى : التفويض١)

الفويض لغة من فوض اليه الامرأي رده اليه. قال الجوهري: التفويض في النكاح التزويج بلا مهر، وعند الفقهاء اخلاء العقد عن ذكر المهر بأمر يستحقه .

وهو قسمان تفويض البضع وتفويض المهر، فالاول هو أن لايذكر في العقد مهراً أصلا، مثل ان يقول زوجتك فلانة اوتقول هي زوجتك نفسي فتقول قبلت، والثاني هو أن يذكر اجمالا ويفوض تقديره الى أحد الزوجين أوغيرهما كقوله زوجتك فلانة أو زوجتك نفسي بما تحكم به أو احكم انا أو يحكم فلان أو فلانة .

قوله: ويعتبر فى مهر المثل حالها فى الشرف٢) وفى المتعة حاله

١) فى الرياض : التفويض هو لغة رد الامر الى الغير ثم الاهمال ، وشرعاً رد امر المهر أو البضع الى احد الزوجين أو ثالث او اهمال ذكره في العقد . تم كلامه .

ثم اعلم ان التفويض قسمان : تفويض للبضع، وتفويض للمهر . فالاول اخلاء العقد عن ذكر المهر بفعل الزوجة أو من يقوم مقامها ، مثل زوجتك نفسى أو فلانة فيقول قبلت ، وهو عقد صحيح اجماعاً . الثانى وهو ان يذكر المهر فى العقد اجمالا ويفوض تقديره فيه الى احد الزوجين او اليهما معاً ولا اشكال في جوازه ايضاً .

والحق بعض الفقهاء جعله لاجنبي غيرهما ، لانه وان لم يكن منصوصاً بخصوصه الا انه فى معنى التوكيل وقد تراضيا عليه . كذا فى المسالك .

٢) فى المختصر النافع المطبوع « فى الشرف والجمال » .

فالغنى يتمتع بالثوب المرتفع أو عشرة دنانير فأزيد .

والفقير بالخاتم أو الدرهم . والمتوسط بينهما .

ولو جعل الحكم لاحدهما فى تقدير المهر صح .

ويحكم الزوج بما شاء وان قل .

وان حكمت المرأة لم تتجاوز مهر السنة .

هنا فوائد :

(الاولى) يحتاج الى معرفة مهرالمثل في مواضع :

« الاول » ـ مع الوطىء في المفوضة .

« الثاني » ـ فساد المسمى .

« الثالث » ـ فساد التفويض .

« الرابع » ـ اطلاق الوكالة في المهروالتزويج .

« الخامس » ـ تقسيط الجملة عليه فيما اذا جمع بين امرأتين في مهر أو جمع نكاحاً مع بيع أواجارة أوغيرذلك وقلنابالصحة والتقسيط على مهرالمثل، وهوالاصح .

«السادس» ـ الوطىء بالشبهة .

«السابع» ـ الوطىء كرهاً .

«الثامن» ـ اختلافهما في تعيين المهراذا تحالفا .

«التاسع» ـ تلف الصداق المعين قبل القبض ولايعلم قدره .

«العاشر» ـ ظهورالصداق معيباً مع تعينه فيفسخ للعيب، والاصح وجوب مثله أوقيمته صحيحاً أواخذ الارش.

(الثانية) تعتبر في مهر المثل حال المرأة بغير خلاف ، لكن اختلف في تلك الحال: فقال المفيد[1] جمالها وشرفها، وزاد التقي السن والتحصين، وقال الشيخ في المبسوط[2] كل أمر يختلف المهر لاجله فانه يعتبر به ، وقال ابن حمزة يعتبر كلما يختلف المهر لاجله من العقل والجمال والديانة واليسار والبكارة ومقابلاتها من الحمق والقباحة وعدم التدين والاعسار والثيوبة . وهذا في الحقيقة تفصيل لماذكره الشيخ .

وعبارة المصنف شاملة لجميع ذلك ، فان كل خصلة من هذه اذا وجدت في المرأة كانت بها أشرف من فاقدتها في نظر العقل المعاشي . وزاد القاضي اعتبار البلدة ولم يعتبرها غيره ، وهو الاصح اذ لاتعلق للبلد في شرف المرأة .

(الثالثة) لاشك أن النسب من الامور المهمة في شرف المرأة ، واختلف في المعتبر منه : فقال الشيخ في المبسوط والخلاف[3] الاقارب مطلقاً كالام والاخت ومن هو من جهتهما ، وقال ابن حمزه يعتبر نساء أهلها من كلا الطرفين الاقرب فالاقرب ، وقال القاضي قرابة الاب من الاناث دون الام ، وحكاه الشيخ في المبسوط عمن تقدمه .

والحق أن أي طرف اتفق شرفه كفى من الاب أو الام أو كليهما ، لانا نعلم قطعاً أن المرأة اذا كانت شريفة من جهة الام فقط أو الاب فقط فانها أشرف من فاقدة الشرف من الطرفين . وتدل على ذلك رواية الحلبي صحيحاً قال : سألته عن رجل تزوج امرأة قد دخل بها ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها . فقال : لها

---

١) المقنعة : ٧٩ .

٢) المبسوط ٤/ ٢٩٩ .

٣) المبسوط ٤/ ٢٩٩ ، الخلاف ٢/ ٤١١ .

مهرمثل مهورنسائها[١] . ولفظ «نسائها» شامل للعصبات وغيرهن ، وبمعناهارواية منصوربن حازم[٤] وعبد الرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام[٢] .

(الرابعة) لوزاد مهرالمثل عن مهرالسنة ،قال أكثرالأصحاب يرد الى السنة، جمعاً بين اطلاق الروايات وبين رواية ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمى صداقها حتى دخل بها . قال: السنة والسنة خمسمائة درهم[٣] .

ونقل العلامة[٤] عـن بعض علمائنا عدم تقدره بقدر لاطلاق الروايـات ، واستقرب في القواعد[٥] عدم تقدره بقدر في مـا أشبه الجناية ، كالنكاح الفاسد ووطىء الشبهة والاكراه ، لانـه فـي الحقيقة قيمة متلف فلا يتقدر بالسنة ، لان المتقدر المهر وهذا في الحقيقة ليس بمهر كما قلناه، وكل متلف مضمون ليس بمثلي فضمانه بقيمته . أما مهر المفوضة فمتفق عليه.

(الخامسة) لواتفقا على الفرض في مفوضة البضع لزم المفروض زادأونقص، ولو طلقها حينئذ كان لها نصفه قبل الدخول وكله بعده ، ولو لم يتفقا فطلق قبل الدخول كان لها المتعة ، وهي مال يعطاه المفوضة مع طلاقها قبل الدخول .

ولاخلاف في الرجوع في كميته الى حال الزوج ، لنص الكتاب في قوله « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقترقدره »[٦] .

---

١) التهذيب ٣٦٢/٧ ، الاستبصار ٢٢٥/٣ .
٢) الكافى ٣٨١/٥ .
٣) التهذيب ٣٦٢/٧ ، الاستبصار ٢٢٥/٣ ، الوسائل ٢٤/١٥ .
٤) المختلف ١٠١/٢ .
٥) القواعد ، الفصل الثالث فى التفويض .
٦) سورة البقرة : ٢٣٩ .

ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمروى لها المتعة.

(الطرف الثالث) في الاحكام وهي عشرة:

أما لو حصلت الفرقة بالموت قبل الدخول، ان كان فرض لها مهراً فلها، وان لم يكن فرض لها مهراً فلامهر.

ان قلت: لم لايلزم العوض هنا بالعقد كما يجيء أنها تملك المهر بالعقد.

قلت: ذاك اللزوم في المهر المذكور في العقد، والمتعة لزمت بالطلاق ولا طلاق هنا.

قوله: ولو مات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم فالمروى لها المتعة

هذا من أحكام القسم الثاني، وهو تفويض المهر الى حكم أحدهما. ولا خلاف أيضاً أنه اذا حكم من فوض اليه الحكم لزم ما يحكم به، لكن في جانب الرجل لايراعى قدراً لرضاها بذلك. أما في جانب المرأة فلامراعاة في طرف القلة أيضاً، وفي الكثرة يراعى عدم تجاوزه مهر المثل.

ومع الحكم بالشرط المذكور يلزم المحكوم به أيضاً بلاخلاف، ويستقر بالموت وينتصف بالطلاق.

أما لو حصلت الفرقة قبله فاما بطلاق أو موت ففي الاول يلزم من اليه الحكم بالحكم ويلزم ما يحكم به ويكون لها اما نصفه أو كله، وفي الثاني للاصحاب هنا أقوال:

(الاول) قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة أن لها المتعة، والمستند الرواية المشار اليها، وهي ما رواها محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر

---

١) النهاية: ٤٧٢.

عليه السلام أنـه قال فـي رجل تزوج امرأة على حكمها أوعلى حكمه فمات أوماتت قبل أن يدخل بها . فقال : لها المتعة والميراث ولامهر لها[1] . ولانه لا يجوز حلوالنكاح من عوض ومهرالمثل تابع للدخول ولم يحصل ، وليس هنا مسمى فتجب المتعة .

(الثاني) أن لها مهرالمثل .

(الثالث) أنه لامهر ، وحكاهما الشيخ في المبسوط[2] واختار الاخير ، وهو ظاهر قوله في الخلاف .

(الرابع) قول ابن ادريس[3] ، وهو أنه ان كان الحاكم الزوج وماتت هي لزمه جميع ما يحكم به ، وان كانت هي الحاكمة وماتت قبل الحكم لم يلزمه شيء بعد أنه قال : الحاق غيرالمطلقة بالمطلقة قياس لانقول بـه ، ومهر المثل تابع للدخول ولادخول .

واختار العلامة في المختلف[4] قـول النهاية ، وهو الظاهر أيضاً من كلام المصنف .

وللشهيد هنا تحقيق ، وهوأن صورالموت خمس: «١» موتهما جميعاً، «٢» موت الزوج الحاكم وحده ، « ٣ » موت الزوجة الحاكمة وحدها، «٤» موت الزوج المحكوم عليه وحده ، « ٥ » موت الزوجـة المحكوم عليها وحدهـا . فالمقتضي لسقوط المهرأصلا أوالرجوع الى المتعة أومهرالمثل اما تعذرالحاكم أوالمحكوم عليه أوتعذرهما معاً ، فان كل واحد محتمل اكن لاسبيل الى واحد منها فلامقتضي، اما انتفاء السبيل فلانالمهر مذكورغايته أنه مجهول فاذاتعذرت

---

١) الكافي ٥/٣٧٩ ، التهذيب ٧/٣٦٥ ، الفقيه ٣/٢٦٢ ، الوسائل ١٥/٣٢ .

٢) المبسوط ٤/٢٩٦ ، الخلاف ٢/٤٠٩ .

٣) السرائر : ٣٠٣ .

٤) المختلف ٢/٩٦ .

(الاول) تملك المرأة المهر بالـعقد ، وينتصف بـالطلاق . ويستقر بالدخول ، وهوالوطء قبلا أو دبراً.

ولا يسقط معه لو لم يقبض ، ولا يستقر بمجرد الخلوة علـى الاشهر.

معرفته وجب الرجوع الى مهر المثل، لكن النص صحيح الا أنه ليس بصريح في جميع الصوربل دل على أنه اذا مات أحدهما قبل الدخول فلها المتعة ، الا أنه لايشمل جميع الصوربالنصوصية، فيمكن حمله على موت الحاكم، ولهذا فرضه المصنف والعلامة فـي موت الحاكم . وأما الصورتان الاخرتان فلم لا يحكم الباقي وهـو الحاكم ، اذ لايشترط حضور المحكوم عليه عند الحكم ، ولكن مع صحة النقل جاز أن يكون الموت سبباً فـي انتفاء الحكم ، بل في الاسقاط فلاتجب معرفة الحكمة فيه .

وفي هذا التحقيق نظر، لانا لانسلم أن مع تعذرمعرفته بموت الحاكم يجب الرجوع الى مهرالمثل ، لجواز الرجوع الى وارثه ، فان كثيراً ما يرجع الى الوارث في تعيين المجملات المتعلقة بالميت في الحقوق المالية .

ويظهر من هذا أن لاوجه لكون الموت سبباً في انتفاء الحكم أوالاسقاط وحينئذ لنـا أن نقول : اذا تعذر الحاكم رجع الى القائم مقامه ، الاأنه لايقبل حكمه الابأقل الامرين من مهر المثل أوالمتعة . وعليه تحمل الرواية .

قوله : تملك المرأة المهر بالعقد وينتصف بالطلاق ويستقربالدخول وهوالوطء قبلا أودبراً، ولايسقط معه لولم تقبض، ولايستقر بمجرد الخلوة على الاشهر

هنا مباحث :

(الاول) ان المرأة تملك المهر بنفس العقد ملكاً غيرمستقر ، وهوالمشهور

بين الاصحاب، بل المجمع عليه عندهم اليوم وقبله من العصور بعد ابن الجنيد. وسند اجماعهم وجوه :

« ١ » ـ اطلاق الامر في قوله تعالى « وآتوا النساء صدقا تهن نحلة »[1] فان ظاهر اضافة الصدقات اليهن يفيد الملك، اذ هو الحقيقة والأصل في الاضافة. ولم يقيد الامر بالدخول وعدمه، فيثبت الكل الاما أخرجه الدليل.

« ٢ » ـ كلما ملكت نساء الصداق بنفس العقد وجب أن تملك أصله كله به، لكن المقدم حق فكذا التالي والملازمة ظاهرة : أما حقية المقدم فلرواية عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج امرأة ومهرها مهراً فساق اليها غنماً ورقيقاً فولدت عندها فطلقها قبل أن يدخل بها. قال : ان كان ساق اليها ما ساق وقد حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها، وان كن حملن عندها فلاشيء له من الاولاد[2].

« ٣ » ـ ان الصداق في مقابلة البضع فلما ملك الرجل البضع بنفس العقد وجب أن تملك المرأة أيضاً صداقها به كالمتبايعين.

وقال ابن الجنيد الذي يوجبه العقد النصف والنصف الاخر بالوقاع، محتجاً بأنه لو ملكته أجمع به لاستقر، لاصالة بقاء ما كان على ما كان، لكن لم يستقر فلم تملكه به، ولرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته متى يجب المهر؟ قال : اذا دخل بها[3]. وهو يقتضي عدم الوجوب قبل الدخول. ورواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام أنه قال : لايوجب المهر الا الوقاع في الفرج[3].

والجواب عن الاول : انه انمايتم لو أريد الملك التام، لكن ليس كذلك

---

١) سورة النساء : ٤ .

٢) التهذيب ٧/٣٦٨، الكافي ٥/١٠٦ واللفظ للاول .

٣، ٣) التهذيب ٧/٤٦٤، الاستبصار ٣/٢٢٦، الوسائل ١٥/٦٦ .

بل الناقص ، كملك المشتري في زمن الخيار والأجنبى الهبة قبـل التعويض . وعن الروايتين بأن المراد الايجاب المستقر .

ويتفرع على القولين : أنه لوانفسخ النكاح بالرضاع قبـل الدخول لامن جهة المرأة ، فعلى الثاني يجب نصف المهر ، لان الموجب للكل اما الدخول أوالموت ولم يحصلا ، وعلى الاول اختلف القائلون به على قولين : أحدهما أنه انمايتشطرط بالطلاق خاصة وحينئذ يجب الكل، وثانيهما انه يتشطربكل فرقة حصلت في حياة الزوجين قبل الدخول لامن جهة المرأة، وحينئذ يجب النصف.

(الثاني) لاخلاف في أنه ينتصف بالطلاق، لدلالة قوله تعالى «فان طلقتموهن من قبل أن تماسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم»[1]، فهل ينتصف بغيرذلك ؟ قد تقدم أن الفسخ بالعنة يوجب تنصفه .

وقال الشيخ في النهاية[2] ان موت الزوجة قبل الدخول بها كالطلاق في تنصيف المهر، محتجاً برواية يونس المذكورة آنفاً، وبأن الفرقة بالموت أقوى من الفرقة بالطلاق ، لان الطلاق باختيار الزوج بخلاف الموت .

وأجيب عن الرواية: بأنها وردت في مقابلة توهم الاستقرار بالخلوة، وعن الثاني بأنه نوع قياس . والحق أنه يستقربالموت ، لما بينا مـن تملكه بمجرد العقد ، والاصل البقاء الا ما أخرجه الدليل ولم يخرجه الادليل الطلاق .

وهوفتوى ابن حمزة وابن ادريس[3]، قال ان الموت عند محصلي أصحابنا يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه ، وهواختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء ، وتابعه الشيخ في النهاية[4] والقاضي والكيدري . وقال الصدوق

---

١) سورة البقرة: ٢٢٧ .

٢) النهاية : ٤٧١ .

٣) السرائر : ٣٠٢ .

٤) قد مر آنفاً في التعليقة السابقة .

في المقنع[1] ان موت الرجل ينصف المهر.

(الثالث) يستقر المهر بأمور أربعة: «١» الدخول كما يجيء بيانه وهو اجماعي، «٢» موت الزوج، «٣» موت الزوجة وقد عرفت الخلاف فيهما «٤» الردة من الزوج.

وقوله: «ولا يسقط معه لولم تقبض» كأنه اشارة الى رواية مهجورة رواها محمدبن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: انها مع الدخول ليس لها المطالبة اذا لم تطالبه أولا[2].

(الرابع) اختلف في الدخول الذي يستقر به المهر، فقال ابن ابى عقيل اذا اغلق الباب وأرخى الستروجب لها المهر ولا عدة عليها، وقال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق باباً اوأرخى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بها دخول، وبمعناه روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام[3]. وقال الاكثر: هو الوطىء قبلا أو دبراً.

قال الشيخ[4] في المبسوط والخلاف هو الظاهر في روايات الاصحاب، يشير الى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة: ولا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج[5]، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وقد سأله متى يجب المهر؟ قال: اذا دخل بها[5].

---

١) المقنع: ١٢٠.

٢) قال في الجواهر ٧٢/٣١ في شرح «وفيه رواية اخرى مهجورة»: وعلى كل حال فالرواية التي اشار اليها المصنف هي خبرمحمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام: في الرجل يتزويج المرأة ويدخل بها ثم تدعي عليه مهرها. قال: اذا دخل بها فقدهدم العاجل. راجع الوسائل ١٤/١٥.

٣) التهذيب ٤٦٤/٧، الاستبصار ٢٢٧/٣، الوسائل ٦٧/١٥.

٤) المبسوط ٢٧٦/٤، الخلاف ٤١٨/٢.

٥، ٥) التهذيب ٤٦٤/٧، الاستبصار ٢٢٦/٣، الوسائل ٦٦/١٥.

والمراد من الدخول هو الوطيء عرفاً وغير ذلك من الروايات، ويؤيد هذا القول قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم »[1]، والمراد من المس هو الجماع. وفي المسألة أقوال أخر:

الاول: قال في النهاية[2] ان أرخى الستر كالدخول، الا أنه قال لايحل للمرأة ان تأخذ منه أكثر من نصف المهر مالم يدخل بها ، وتبعه القاضي والكيدري .

الثاني: قال الصدوق في المقنع[3]: اذا تزوج الرجل المرأة وأرخى الستر وأغلق الباب ثم أنكرا جميعاً المجامعة فلا يصدقان، لانها تدفع عن نفسها العدة ويدفع هو عن نفسه المهر .

الثالث: قال ابن حمزة : اذا دخل بها وأرخى الستر وادعى الرجل أنه لم يواقعها وأمكنه اقامة البينة وأقامها قبلت منه، وان لم يمكنه كان له أن يستحلفها، فان استحلفها والا لزمه توفية المهر. واستحسنه العلامة[4].

الرابع: نقل الشيخ[5] عن ابن ابى عمير أنه قال: ان الاحاديث قد اختلفت في ذلك ، والوجه في الجمع بينها أن على الحاكم أن يحكم بالظاهر، ويلزم الرجل المهر كله اذا أرخى الستر، غير أن المرأة لايحل لها فيما بينها وبين الله أن تأخذ الا نصف المهر.

واستحسن الشيخ ذلك وقال : لاينا فى ذلك ما قدمناه ، لانا انما أوجبنا

---

١) سورة البقرة : ٢٣٧ .

٢) النهاية: ٤٧١ .

٣) المقنع: ١٠٩.

٤) المختلف ٩٦/٢.

٥) التهذيب ٤٦٧/٧ ، الكافى ١١٠/٦ ، وقال الكلينى أيضاً مثل ما ذكره الشارح فى الكتاب عن الشيخ .

نصف المهر مع العلم بعدم الدخول ومع التمكن من معرفة ذلك ، وأما مع ارتفاع العلم وارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن ابى عمير.

ثم استدل برواية يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فأغلق الباب وأرخى الستر وقبل ولمس من غير أن يكون وصل اليها بعد ثم طلقها على تلك الحال ؟ قال : ليس عليه الا نصف المهر[1] .

الخامس : قال الشيخ جواباً عن روايتي زرارة واسحاق[2] : الوجه فيهما أن تحملا على أنه اذا كانا متهمين بعد خلوهما وأنكرا المواقعة فلا يصدقان على ذلك ، ويلزم الرجل المهر كاملا والمرأة العدة بظاهر الحال ، ومتى كانا صادقين أو كان هناك طريق يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر الا المواقعة . واستدل برواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يتزوج المرأة فيرخي عليه وعليها الستر أو يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل اتاك ؟ فتقول ما أتاني ، ويسأل هو هل أتيتها فيقول لم آتها . قال : فقال لايصدقان ، وذلك لانها تريد أن تدفع العدة عن نفسها ويريد هو أن يدفع المهر[3].

واختار العلامة[4] بعد نقل هذه الاقوال أنه انما يجب له المهر كاملا بالدخول لابارخاء الستر ، لكن لما كانت الخلوة مظنة له بحيث لاينفك عنه غالباً وجب أن لاينفك عن ايجاب كمال المهر المستند الى الدخول غالباً ، فمدعيه حينئذ

---

١) التهذيب ٤٦٧/٧ ، الاستبصار ٢٢٩/٣ .

٢) وهما فى التهذيب ٤٦٤/٧ ، والجواب ذكره الشيخ بعدهما فارجع هناك .

٣) التهذيب ٤٦٥/٧ ، الكافى ١١٠/٦ ، الاستبصار ٢٢٧/٣ .

٤) المختلف ٩٦/٢ .

(الثانى) قيل اذا لم يسم لها مهراً وقدم لـها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهراً ما لم يشترط غيره .

(الثالث) اذا طلق قبل الدخول رجع بالنصف ان كان أقبضها أوطالبت بالنصف اذا لم يكن أقبضها .

يدعي الظاهرومنكره يدعي خلافه فيحكم للمدعى به مع اليمين قضاء للظاهر، أما مع تصديق المرأة بعدمه فلا يجب الكمال قطعاً .

وفيه نظر ، لانا لانسلم أن مدعيه يدعي الظاهر ، لان الخلوة قد تنفك عن الوقاع غالباً أيضاً : اما لعارض من مرض أو عنة أو عدم الانتشار المستند الى الربط كما هو مشهور ، فلا يكون حينئذ مدعيه مدعياً للظاهر .

هذا ، مع أن دعواه معارضة بأصالة عدم الوقاع وأصالة براءة الذمة من كمال المهر ، فالحق اذاً أن على مدعيه البينة ، فان أقامها والا كان القول قول المنكر مع يمينه .

قوله : قيل اذا لم يسم مهراً وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها مالم تشترط غيره

هذا قول الشيخين[1] والقاضي وسلار وابن ادريس[2]، والمستند رواية ابى عبيدة والفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام[3] .

---

١) المقنعة: ٧٩، النهاية: ٤٧٠ .

٢) السرائر: ٣٠١.

٣) التهذيب ٣٥٩/٧ ، الكافى ٣٨٥/٥، الاستبصار٢٢٢/٣ والسند فى الاول: عن ابى عبيدة عن الفضيل عن ابى جعفر عليه السلام . وفى الثانى : عن ابى عبيدة وجميل بن صالح عن الفضيل عن ابى جعفر عليه السلام . وفى الثالث : عن ابى عبيدة وعن الفضيل عن ابى جعفرعليه السلام : فى رجل تزوج امرأة فدخل بها فأولدها ثم مات عنها

وقال المفيد لانها لولم ترض به مهراً ما مكنته من نفسها حتى تستوفي تمامه أو توافقه على ذلك وتجعله ديناً عليه في ذمته .

وأما ابن ادريس فادعى عليه الاجماع . والمصنف استضعف هذا القول ، لعدم الدلالة على أن ماقدمه هو المهر بشيء من الدلالات الثلاث . وعلى تقدير تسليم كونه مهراً لادلالة على كونه كمال المهر، لجواز كونه قدراً يسيراً ومهر أمثالها شيء كثير أوبالعكس . والرواية ليس فيها أن المهر غير مسمى في العقد، بل هي مبنية على مجرى العادة، فانه قيل ان العادة فيما تقدم من الزمان أن الرجل لايدخل بزوجته الا بعد تقديم مهرها والان العادة بخلاف ذلك .

وقول المفيد أنها لو لم ترض به مهراً ما مكنته من نفسها ، ممنوع لجواز تمكينها ومطالبتها بالمهر كما في صورة ما لولم يقدم شيئاً ولم يكن سمى أولا. ودعوى الاجماع ممنوعة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) التحقيق في المسألة أن الزوجين ان اتفقا على أن المقدم هدية فلا بحث في لزوم مهر غيره، وان اتفقا على أنه مهر أومن المهر فلا نزاع أيضاً، وان اختلفا بعد اتفاقهما على التفويض فقال الزوج هو مهر وقالت الزوجة هدية ، فالقول قول الزوج ، لانه أعرف بنيته ، وكذا الكلام لوحصل التقديم في صورة التسمية .

(الثانية) لو حلف الزوج وكان مهر المثل أكثر من المقدم كان لها التتمة ،

فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث . فقال : أما الميراث فلها ان تطلبه ، وأما الصداق فان الذى اخذت من الزوج قبل ان يدخل عليها فهوالذى حل للزوج به فرجها قليلا كان أوكثيراً اذا هى قبضته وقبلته ودخلت عليه فلاشيء لها بعد ذلك .

وان كان أقل كان الزائد اباحة ، لوتلف عندها لم يكن مضموناً ، ومع بقائه له الرجوع به . ولونكل عن اليمين أو رد اليمين عليها حلفت في الصورتين وكان لها المطالبة بالمهر لو تلف المقدم عندها ، ومع وجوده لها الاحتساب به مع اتحاد الجنس ، ومع الاختلاف يفتقر الى المراضاة .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية[1] يستحب للرجل أن لا يدخل بامرأته حتى يقدم لها مهرها ، وان لم يفعل قدم بعضه أو شيئاً آخر هدية يستبيح به فرجها .

وناقشه ابن ادريس[2] في قوله « ويستبيح به فرجها » ، لان فرجها يستباح بالعقد والمهر يكون في الذمة . وهذه مناقشة لفظية ، فان الشيخ قصد شدة الاستحباب. ومستنده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام: اذا تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق اليها شيئاً درهماً فما فوقه أوهدية من سويق أو غيره[3].

وبذلك يجمع بين هذه وبين رواية عبد الحميد الطائي قال: قلت للصادق عليه السلام : أتزوج المرأة وأدخل بها ولا أعطيها شيئاً. فقال : نعم يكون ديناً عليك[3] .

أو تحمل الرواية الاولى على ما اذا لم يعزم على أدائه ، فان الفرج يكون حراماً أو مكروهاً كراهة شديدة ، لما ورد في الحديث : من استدان ديناً ولم ينو قضاه فهو سارق[4]، ومن تزوج امرأة ولم ينو أداء مهرها فهو زان[5].

١) النهاية : ٤٦٩ .
٢) السرائر : ٣٠١ .
٣ ، ٣) التهذيب ٣٥٧/٧ ، الاستبصار ٢٢٠/٣ .
٤) الكافي ٩٩/٥ ، وفيه : كان بمنزلة السارق .
٥) الوسائل ٢١/١٥ .

ولا يستعيد الـزوج ما تجدد من النماء بين العقد والطلاق ، متصلا كان كاللبن أو منفصلا كالولد .

ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل .

وابن الجنيد قائل بقول الشيخ، قال: لئلا يكون الفرج موطوءاً بغير عوض، ولا سيما ان كان والي البلد يرى أن الدخول ابراء من المهر .

قـوله : ولا يستعيد الزوج ما تجـدد من النماء بين العقد والطلاق ، متصلا كان كالسمن[1] أو منفصـلا كالولد ، ولو كان النماء موجوداً وقت العقد رجع بنصفه كالحمل

أما المنفصل فلا خلاف في عدم الرجوع به ، وأما المتصل كالسمن وتعلم الصنعة فقال الشيخ في المبسوط[2] تكون مخيرة بين اعطاء النصف مع الزيادة وبين أن تمسكه وتعطيه نصف القيمة . ثم قوى الاول ، لقـوله تعالى « فنصف مافرضتم »[3] .

وقال في النهاية[4] : لو جعل مملوكاً مهراً ثم زاد ثمنه عنـدها وطلقها قبل الدخول رجع بنصف ثمن المملوك يوم التسليم ، وليس له من الزيادة شيء، وتبعه القاضي فيه .

وقال ابن ادريس[5]: لافرق بين المنفصل والمتصل في أنه لايرجع الا بمثل قيمة العين وقت التسليم ، لان هذه النماء حدث في ملكها دون ملكه ، لان ملكه لايتجدد الا بعد الطلاق. وهو اختيار المصنف ، وهو الذي عليه الفتوى .

---

١) فى المختصر النافع المطبوع بمصر« كاللبن » .
٢) المبسوط ٢٧٨/٤ .
٣) سورة البقرة: ٢٣٧ .
٤) النهاية : ٤٧٣ .
٥) السرائر: ٣٠١ .

واحتجاج الشيخ بالاية ضعيف ، لان المفروض قد زاد ، فلا يمكن أخذ نصفه منفرداً عن الزيادة التي ملكتها بالعقد .

وهنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لوزادت القيمة لا لزيادة عين ولا صفة ، بل لزيادة السوق في أنه يرجع بنصف العين . نقل ذلك ابن ادريس[1] ، وذلك لان تلك الزيادة في معرض الزوال ، ولهذا لو نقصت القيمة السوقية عن يوم التسليم لم يكن النقص مضموناً عليها .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط[2]: ان الطلع قبل التأبيروبعده نماء متصل كالسمن لها امساكها بجملتها ومنعه من الرجوع في النصف ويكون حقه في القيمة ، فان اختارت رد نصف العين أجبر على القبول . ومنهم من فرق بين ما قبل التأبير وما بعده . وقيل اذا أبر فهو منفصل كالولد لايجبر الرجل على قبول نصف العين . قال : والمذهب أنه لافرق بينهما .

وقال العلامة : الوجه أن له الرجوع في نصف العين ، سواء كان الطلع مؤبراً أوغير مؤبر والثمرة للمرأة لتجددها في ملكها وعلى الزوج الصبر الى وقت الجذاذ ، لان الثمرة في الاصل بحق فليس له قطعها ولا الرجوع بالقيمة ولا يجبر عليها . وهذا هوالصحيح .

(الثالثة) اذا حصل نقص القيمة عندها للسوق وقد بينا عدم ضمانه، أما لو كان لفوات عين كالعور أوصفة كنسيان الصنعة ، قال الشيخ[3] يتخير مع طلاقها قبل الدخول بين أخذ نصف العين أونصف القيمة .

---

١) السرائر : ٣٠١ .

٢) المبسوط ٤/ ٢٧٩ .

٣) المبسوط ٤/ ٢٧٧ .

وقال القاضي : ان كان من فعلها أو من أمر سماوي يتخير بين أخذ نصفه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم القبض ، وان كان من أجنبي لم يكن له سبيل على المهر ويضمنها نصف القيمة يوم قبضه .

وقال العلامة[1] : الوجه أن يجبر الزوج على أخذ نصف العين مع الارش، وليس له المطالبة بنصف القيمة الابرضاها، لانحصارحقه في العين مع وجودها، لقوله تعالى « فنصف مافرضتم » ، والعيب لايخرج العين عن حقيقتها، والنقص ينجبر بدفع الارش . قال : وتفصيل القاضي من منع الزوج من أخذ نصف العين لو كان العيب من أجنبي وأخذ النصف منها ناقصاً لو كان العيب من فعلها لا وجه له ، لان العيب اذاكان من فعلها كان مضموناً عليها ، لانه تلف اما لبعضه أو لوصفه في يد ضامن ، فكان الارش لازماً له ، كما لوتلفت العين بكما لها . قيل عليه : لانسلم اجبار الزوج على ماقلت .

قوله « لانحصار حقه في العين » . قلنا : ممنوع ، وانما يكون كذلك لو بقيت العين بكمالها ، والفرض خلافه لان الماهية اذا نقص جزء منها من مائة ألف جزء صدق عليها أنها غير الماهية الاولى ولايدل عليه قوله تعالى « فنصف ما فرضتم »[2]، لان المراد ان كان غير الشخص فلم يصلح للاحتجاج ، وان كان الشخص فكذلك لعدم بقائه بكماله .

قوله « والعيب لايخرج العين عن حقيقتها » قلنا : مسلم ، لكن اللازم منه تخيير الزوج بين أشخاص تلك الحقيقة ولم يقل به ، بل حكم بانحصار الحق في العين . وان أراد بحقيقتها شخصها فهو ممنوع ، لان الشخص لم يبق مع العيب في التخيير المذكور.

---

١) المختلف ١٠٢/٢ .

٢) سورة البقرة: ٢٣٧.

قوله « واذا كان العيب من فعلها كان مضموناً عليها » قلنا : ممنـوع ، لانها ملكت العين بالعقد، ولا يضمن الانسان جناية في ملكه لغيره، ولذلك لم يوجب القاضي عليها الارش بل خيره بين أخذه ناقصاً وبين تضمينها نصف القيمة يوم القبض . نعم يصح ما قاله العلامة على رأي ابن الجنيـد أنها لاتملك بالعقد الا نصف الصداق ، لكنه لم يقل بذلك .

قوله « ثم منع القاضي من أخذ الزوج العين لو كان العيب من أجنبي لاوجه له » قلنا : بل له وجه ، وذلك لانه اذا لم يرض بالمعيب لم يكن له الرجوع الى الاجنبي، لانه لم يجن على العين الا وهي ملك المرأة ولا الى المرأة لانها لم تجن عليها ، فلذلك ينتقل الى القيمة .

(الرابعة) قد بينا أن المرأة تملك الصداق كله بالعقد لكنه مضمون على الزوج حتى يسلمه اليها ، ولهذا لو كان المهر من ذوات القيم وقبضها اياه ثم طلقها قبل الدخول وتلف في يدها لم تضمن له الا أقل الامرين من نصف القيمة من حين تقبيضها أوحين العقد ، أما لوطلقها والمهر في يده وحصل فيه نقصان عين أو صفة ، فقال الشيخ[1] تخيرت بين أخذ نصف العين أو نصف القيمة ، وقال القاضي ان كان العيب من غير فعله تخيرت كذلك وان كان من فعله تخيرت بين أخذ نصفه ناقصاً وقيمة نصف النقصان وبين تركه وتضمينه نصف القيمة ، وان كان من أجنبي تخيرت بين أخذ نصفه ناقصاً واتباع الجاني بنصف النقص وبين اخذ نصف القيمة من الزوج .

وقال العلامة[2] هنـا أيضاً : انها تجبر على أخذ نصف العين مع الارش ، لانه أقرب من القيمة الى الحقيقة ، ولانها استحقت العين بالعقد ، ولا خيار هنا

---

١) المبسوط ٤/٢٧٨ .
٢) المختلف ٢/١٠٣ .

لانه أقرب الى المسمى من مهر المثل. قال: وتفصيل القاضي لاوجه له، وأي فرق بين أن يكـون العيب من فعل الزوج أو من فعل الاجنبى، وكما أوجب الضمان على الاجنبى كذا ينبغي ايجابه على الزوج.

قيل عليه هنا أيضاً: نمنع الاجبار، وسنده عدم بقاء الشخص كما تقدم.

قوله «ولانه أقرب من القيمة الى الحقيقة» قلنا: مسلم لكـن لانسلم أن لازمه هو الاجبار، ولم لايجوز أن يكون لازمه هو التخيير المذكور، وذلك لانه يجوز تعلق الفرض بكمال العين ولم يبق الكمال فلذلك جاء التخيير.

قوله «وتفصيل القاضي لاوجه له وأي فرق» الى آخره. قلنا: لم يفرق الرجل بينهما، بل قال بوجوب الارش على الزوج والاجنبى معاً، فان قـوله «وبقيمة نصف النقصان» هو الارش، فالحق هنا ما قاله القاضي.

(الخامسة) لو كان النماء موجوداً حال العقد كان جزء من المهر يرجع بنصفه بالطلاق كما يرجع بنصف الاصل، لانه من جملة مافرض، فلو كان دابة حاملا أوأمة كذلك فأجهضت في يده أو يدها ضمن من كانت في يده التفاوت ما بين قيمتها حاملا أومجهضاً. فلو طلق قبل الدخول وهي في يده كان لها نصف العين ونصف التفاوت، وان كانت في يدها يرجع اليه نصف العين ونصف التفاوت. ولو ولدت عنده أو عندها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف الام قطعاً.

وهل يرجع بنصف الولد؟ ذكر العلامة في القواعد[1] احتمالين: أحدهما الرجوع به لما تقدم، وثانيهما العدم لانه زيادة ظهرت بالانفصال عن ملكها لان قبله لم يفرد بالتقويم.

قال الشيخ: ولم تعرف ملكيته ولم يقابله قسط من الثمن، فالزيادة ظهرت في ملكها، فيكون للزوج أرش مابين كونها حاملا ومجهضاً. واختاره السعيد[2].

---

١) القواعد، آخر الفرع الاول من فروع الفصل الرابع فى التنصيف والعفو.

٢) الايضاح ٣/٢٢٨.

ولو كان تعليم صنعة أو علم فعلمها رجع بنصف أجرته .

قوله : ولو كان تعليم صنعة او علم فعلمها رجع بنصف اجرته

هذا صحيح، وكذلك رجعت هي بنصف الاجرة اذا لم يعلمها وطلقها قبل الدخول. وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] : اذا أصدقها تعليم سورة وطلقها قبل الدخول وقبل التعليم جاز له أن يلقنها النصف ، لان الـذي ثبت لها تعليم نصف ما وقع عليه العقد وايجاب غيره يحتاج الى دليل .

ورده العلامة[2] : بأن تنصيف التعليم غير ممكن ، لاختلاف الايات في السهولة والصعوبة فيختلف التعليم باختلاف ذلك . وأوجب عليه نصف أجرة المثل .

قيل عليه: انه اذا أمكن تقويم كل السورة أمكن تقويم بعضها، واذا أمكن تقويم بعضها أمكن تنصيف تعليمها بالضرورة .

وفيه نظر، لجواز امكان التقويم بالنسبة الى المجموع من حيث هومجموع وعدم امكانه بالنسبة الى البعض، ولانه اذا اختلفت الايات في السهولة والصعوبة جاز أن تكون آية واحدة مساوية لباقي السورة ، فلو علمها الاية أو الباقي لا يكون نصف المفروض حقيقة ، فلا يشمله قوله تعالى « فنصف ما فرضتم »[3].

نعم ويرد على الشيخ أيضاً أنها مع الطلاق تبين منه فلا تكون محرماً له فكيف يعلمها ؟

ان قلت : يعلمها من وراء حجاب .

---

١) المبسوط ٤/٢٧٥ ، الخلاف ٢/٤٠٥ .

٢) المختلف ٢/٩٩ .

٣) سورة البقرة : ٢٣٧ .

قلت: سماع الصوت وتكرار القراءة للحرف[1] عورة محرم عليه فلا يبيحها الحجاب، فالاولى اذاً ماقاله العلامة.

قوله: ولو ابرأته من الصداق رجع بنصفه

هنا فوائد:

(الاولى) جاء في اسقاط المهر ألفاظ ثلاثة: الهبة، والعفو، والابراء. فان كان المهر ديناً أو اتلفه الزوج بعد العقد صح منها اسقاطه بكل من الثلاثة، ولا يفتقر الى قبول لانه ابراء في الحقيقة فهو اسقاط لما في ذمته فيحصل وان لم يقبل، وان كان عيناً صح بلفظ الهبة اجماعاً ويفتقر الى القبول ولا يصح بلفظ الابراء اجماعاً، وهل يصح بلفظ العفو؟ اشكال من اطلاق قوله تعالى « الا أن يعفون »[2] الشامل للعين والدين، ومن اختصاص العفو عرفاً باسقاط ما في الذمة. وهو الاقرب.

(الثانيه) اذا وهبته العين في يده ثم طلقها رجع عليها بالنصف اجماعاً لتصرفها الموجب لضمانها، أما الدين عليه لو ابرأته منه ثم طلق فهل يرجع عليها أم لا ؟ ظاهر عبارة المصنف وغيره نعم، لان الابراء تصرف فيه واتلاف له، لانه ثابت قبل الابراء في ذمته ويصح نقله وتمليكه، فيكون اسقاطها له تصرفاً موجباً للضمان، فيرجع عليها بالنصف.

واحتمل العلامة في القواعد[3] العدم، لعدم أخذها منه شيئاً. وهو ظاهر ولا نقلت اليه مالا، لاستحالة ان يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئاً فلا يتحقق نقله

---

١) في بعض النسخ: الحفظ.

٢) سورة البقره: ٢٣٧.

٣) القواعد، الفصل الرابع في التنصيف والعفو.

اليه . ولا أتلفت عليه شيئاً ، لانها لم يصدر منها الا ازالة الاستحقاق لما في ذمته وليس ذلك اتلافاً فلا تكون ضامنة .

ونبه على ذلك بأنه لورجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء ثم ابراء المشهود له المشهود عليه لم يرجع على الشاهدين بشيء ، فلو كان الابراء اتلافاً على من في ذمته غرما له ، أما لوقبضه ثم وهبه منه فغرما له .

وأجيب بالفرق بين الصورتين ، فان المشهود بـه لم يثبت أصلافالبراءة مستمرة فلا اثرللابراء ، بخلاف الصداق فانه ثبت وأزيل[1] .

(الثالثة) لووهبته النصف ثم طلقها قبل الدخول، فان كان الصداق ديناًبرىء من الكل وجهاً واحداً ، وان كان عيناً ففيه احتمالان : أحدهما ان لـه الباقي بأجمعه. لانصراف هبتها الى ماتملكه مستقراً منه وتجدد ملكه للباقي بالطلاق . وثانيهما أن يكون لـه نصف النصف الموجود وبذل النصف الموهوب ، لان هبتها له بمنزلة الا تلاف ، واذا تلف نصف المهروبقي نصفه كان الباقي بينهما، فتضمن قيمة النصف التالف ـ أعني الموهوب .

والحاصل منهذا أنالهبة وردت على مطلقالنصف فيشيع فيستقرله نصف النصف بالطلاق ونصف النصف الاخربالهبة ويكون لها النصف الباقي شائعاً وعليها قيمة النصف .

والحقالاول، لاصالة انصراف الهبة الىملكها المستقر، وأصالة عدمتضرره الحاصل بالتبعيض .

(الرابعة) قال الشيخ في النهاية : اذا ابرأته في مرضها ولم تملك غيره لم يصح الا الثلث .

---

١) راجع الايضاح ٢٣٢/٣ .

(الرابع) لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين .

وقيل يبطل التدبير بجعلها مهر ، وهو أشبه .

وقال ابن ادريس[1] يسقط جميع المهر، لانه ليس بوصية . وقد تقدم تمام البحث في الوصايا .

فعلى قـول الشيخ لوطلقها بعد الابراء وقبل الدخول والموت برىء من النصف بالطلاق ومن السدس بالرجوع بالضمان ومن سدس آخر بالابراء ويبقى عليه سدس للورثة ، وعلى قول ابن ادريس برىء مـن الكل وماتت مدبونة بالنصف .

(الخامسة) قال الشيخ[2] في المبسوط والخلاف اذا وجب لها مهر المثل ولم تعلم مقداره لم يصح الابراء لجهالته، وكذا ضمان المجهول . وبمثله قال ابن الجنيد ، وكذا ابن حمزة ، الأانه قال اذا ابرأته مما استحقت عليه صح .

وقال العلامة في المختلف : الوجه عندي جواز الابراء والضمان معاً، لان الابراء اسقاط الحق فلا تؤثر فيه الجهالة، للاجماع علـى صحة الصلح على المجهول ، فاذا صح وهو يتضمن الابراء بعوض كانت صحته مع عدم العوض أولى ، والضمان قد تقدم جوازه .

قلت : ذكر العلامة فـي القواعد وتصح البراءة من المجهول ، ولو علمه المديون وخشي عدم الابراء لـو أظهره لم يصح الابراء . فعلى هذا يمكن أن يقال : ان كان الزوج عالماً بقدر مهر المثل وهي جاهلة به ويخشى من علمها عدم ابرائها لم يصح الابراء ، واو كانت عالمة وهو جاهل أو كانا جاهلين صح .

قوله : لو أمهرها مدبرة ثم طلق صارت بينهما نصفين ، وقيل يبطل التدبير بجعلها مهراً ، وهو اشبه

---

١) السرائر : ٣٠٣ .

٢) المبسوط ٣١٢/٤ ، الخلاف ٤١٦/٢ .

(الخامس) لو أعطاها عوض المهر متاعاً أو عبداً آبقاً وشيئاً ثم طلق رجع بنصف المسمى دون العوض .

في المسألة قولان :

(الاول) قول الشيخ[1] والقاضي بعدم بطلان التدبير بالامهار ، وأنها تعتق بموت المدبر، وأنه لو طلق قبل الدخول كان الخدمة بين الزوج والمرأة لها يوم وله يوم ، ولو ماتت المدبرة ولها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة. ومستنده رواية المعلى بن خنيس عن الصادق عليه السلام[2] .

(الثاني) قول ابن ادريس[3] ببطلان التدبير بذلك، لانه وصية تبطل بالاخراج عن ملك الموصي قبل موته. وقول قال: الشيخ «اذا ماتت المدبرة ولها مال كان نصفه للزوج ونصفه للمرأة» غير صحيح ، لانها رق لاتملك شيئاً ، الا ان يكون التدبير واجباً بالنذر فلا يكون له الرجوع ، فيصح حينئذ قوله. قال العلامة: والمعتمد بطلان التدبير بالاصداق وتأويله قول الشيخ بالنذر . ليس بجيد لبطلان جعلها مهراً حينئذ .

قلت : يمكن أن يجاب عن تأويل ابن ادريس : بأن حاصل كلام الشيخ ومدلوله أن الامهار ينصرف الى الخدمة ، فاذا كان التدبير واجباً بالنذر لم يصح الرجوع فيه ، فاذا انصرف الامهار الى الخدمة توجه انعتاقها بموته ، وأنه اذا طلقها كان لها يوم وله يوم ، لان الخدمة هي المهر . ويكون مراده بما تركت المدبرة ليس هو الميراث حقيقة بل ما حصل من كسبها زمان خدمتها المشتركة ، فانه يكون بين الزوج والمرأة كالخدمة .

---

١) المبسوط ٤/ ٢٩٠ .

٢) الكافي ٥/ ٣٨٠ ، التهذيب ٧/ ٣٦٧ .

٣) السرائر: ٣٠٣ .

(السادس) اذا شرط فى العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر .

كمالوشرطت ألايتزوج أولا يتسرى .

والحاصل ان تأويل ابن ادريس متوجه على قول الشيخ ، والحق والاشبه بأصول المذهب ما قاله ابن ادريس .

نعم عبارة المصنف غيرصريحة بقول الشيخ حتى يفهم منها عدم بطلان التدبير، لانه قال «صارت بينهما نصفين» وهوظاهرفي رقيتها لافي خدمتها .

نعم قال في الشرائع[1] صارت بينهما ، فاذا مات تحررت . وهو أيضاً غير سديد ولاصريح في الخدمة، بل ظاهره كونها نصفين ببطلان التدبير بالاصداق وملك الزوجة لها بالعقد ورجوع نصفها الى الرجل بالطلاق ، فيكون بينهما نصفين .

قوله : اذا شرط فى العقد ما يخالف المشروع فسد الشرط دون العقد والمهر، كما لوشرطت الا يتزوج أولايتسرى ، وكذا لوشرطت تسليم المهر فى أجل فان تأخرعنه فلا عقد

الشرط قسمان: مشروع ، وغيرمشروع. فالاول ذكره في العقد يفيد تأكيداً سواء كان من مقتضيات العقد كالمهر والنفقة وغيرها أوليس كذلك كتسليم المهر وان لم تطالبه او الوطىء في الفرج . والثاني كاشتراط عدم المهر والنفقة وان لايطأها .

---

١) الشرائع ٢ / ١٨٤ قال فيه: اذا امهرها مدبرة ثم طلقها صارت بينهما نصفين فاذا مات تحررت، وقيل بل يبطل التدبير بجعلها مهراً كما لوكانت موصى بها وهواشبه .

وكذا لوشرطت تسليم المهر فى اجل ، فان تأخرعنه فلاعقد.

فهذا قال الشيخ في المبسوط[1] يكون الشرط باطلا والعقد صحيحاً، وتبعه ابن ادريس[2] والمصنف . ثم قال الشيخ : ان كان الشرط يعود بفساد العقد - مثل أن تشرط الزوجة أن لايطأها - فالنكاح باطل ، لانه شرط يمنع المقصود بالعقد .

وهذا يدل على أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل ومبطل للعقد ، وأما الشرط الذي لايخالف مقتضى العقد ولا الشرع - مثل أن لايخرجها من بلدها وان لايلبسها الا الحرير أو الكتان - فهو جائز يجب الوفاء به اذا ذكر في متن العقد والا استحب .

وأما العلامة[3] فقال في القسم الثاني انه يبطل الشرط خاصة لاالعقد ، لان فساد العوض لايؤثر فيه ففساد الشرط أولى . وهل يبطل الطلاق ؟ فيه وجهان : احدهما لا لانه في مقابل الوطىء خاصة ولااعتبار بالشرط، وثانيهما نعم لان الشرط كالعوض المضاف الى الصداق ويتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيبطل المهر ويثبت مهر المثل .

قوله : وكذا لوشرطت - الى آخره

هذا أيضاً مما يخل بالمقصود من النكاح ، فالشرط باطل اجماعاً .

يبقى الكلام في أمرين العقد والمهر، فقيل ببطلان النكاح ، لانه أتى بلفظ يثبت النكاح وبآخر يرفعه وينافي صحته، وليس ترجيح نسبة الصحة على البطلان أولى من العكس، فيتعارضان فيرجع الى أصل بقاء عدم النكاح. وقيل بالصحة،

١) المبسوط ٣٠٣/٤ .

٢) السرائر: ٣٠٣.

٣) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الثاني فى المهر .

أما لوشرطت ألايفتضها صح ، ولوأذنت بعده جاز .
ومنهم من خص جوازالشرط بالمتعة .

لما تقدم . وهو الاولى .

وأما المهرفقيل يفسد لانهما انماتراضيا به على هذاالوجه فيثبت مهرالمثل، وقيل لايفسدلانه عقد وشرط لاعقدبشرط والا لكان باطلا، ولان الموجب لثبوت الشرط العقد، فلوكان الشرط شرطاً في صحته لزم الدور ، واذا لم يصلح العقد بسببية ايجاب الشرط بطل الشرط ولم يؤثر في العقد. وهوالاقوى عندالسعيد[1].

قوله : اما لوشرطت ان لايفتضها فصح ولو أذنت بعده جاز ، ومنهم من خص جواز الشرط بالمتعة

الاول قول الشيخ في النهاية[2] استناداً الى رواية اسحاق بن عمارعن الصادق عليه السلام قال : قلت رجل تزوج بجارية عاتق على أن لايفتضها[3] ثم أذنت له بعد ذلك . قال : اذا أذنت له فلا بأس[4]. ومثله رواية سماعة عنه عليه السلام[5].

والثاني قوله في المبسوط ، قال: ويبطل في الدائم النكاح والشرط . وتبعه ابن حمزة والكيدري، واختاره العلامة في المختلف. وقال القاضي وابن ادريس

---

١) الايضاح ٣/٢٠٧ .

٢) النهاية: ٤٧٤.

٣) فضت الخشبة فضاً من باب قتل : ثقبتها ، ومنه القضة بالكسروهى البكارة ، يقال : اقتضها اذا أزلت قضتها ، ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده ، وأما « ابتكرها » و« اختضرها » و« ابتسرها » بمعنى الاقتضاض فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ .

اقول : وفض البكارة بالفاء اى ازالها ، وهومن فض الخاتم اى كسره .

٤) الفقيه ٣/٢٩٧ ، التهذيب ٧/٣٦٩ .

٥) التهذيب ٧/٣٦٩ .

(السابع) لوشرط ألايخرجها من بلدها لزم .

ولوشرط لها مائة ان خرجت معه ، وخمسين ان لم تخرج ، فان أخرجها الى بلد الشرك فلاشرط له ولزمته المائة .

وان أرادها الى بلد الاسلام فله الشرط .

بيطلان الشرط فيهما .

والاجود قول المبسوط، لان الغرض الاقصى في المتعة الالتذاذ دون التناسل فلذلك جاز اشتراط عدم الاقتضاض ، وأما الدائم فعلى العكس ، ولان تجويزه يخل بالقاعدة المتقدمة أن كلما يخالف مقتضى العقد فهوباطل ومبطل .

واللام في الشرط في قول المصنف « جواز الشرط » للعهد ، أي الشرط المذكور لاللجنس .

قوله : لو شرط ان لايخرجها من بلدها لزم ، ولو شرط لها مائة ان خرجت معه وخمسين ان لم تخرج فان أخرجها الى بلاد الشرك فلاشرط له ولزمته المائة ، وان ارادها الى بلد الاسلام فله الشرط

هنا فوائد :

(الاولى) لو شرط أن لايخرجها من بلدها هل يلزم أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة نعم ، واختاره المصنف . والمستند رواية ابى العباس في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها . قال : يفي لها بذلك ــ أوقال يلزمه ذلك[2] .

وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس[3] لايلزم ، لانه تجب عليها طاعة

---

١) النهاية : ٤٧٤ .

٢) الكافي ٥/٤٠٢ ، التهذيب ٧/٣٧٢ ، الوسائل ١٥/٤٩ .

٣) الخلاف ٢/٤١٤ ، السرائر : ٣٠٣ .

زوجها والخروج معه الى حيث شاء والا كانت عاصية لله ناشزة وتسقط نفقتها . وقال : ان الرواية المذكورة أوردها الشيخ ايراداً لا اعتقاداً .

واختار السعيد[1] قول ابن ادريس وحمل الرواية على الاستحباب ، لان مقتضى النكاح تسلط الرجل على المرأة بالاستمتاع والاسكان .

والاقوى اختيار المصنف، لانه شرط لايخالف المشروع فيجب الوفاء به عملا بالحديث، ولانه أمر يتعلق به غرض العقلاء، فان حب الوطن من الايمان، وجاز اشتماله على مصلحة لاتحصل في غيره من البلدان أوحصول ضرر بسكنى غيره أوبالحركة الى ذلك الغير .

وقول ابن ادريس «تجب عليها طاعة زوجها» قلنا: متى اذا أمرها بأمر سائغ في الشرع غير ممنوع منه أو مطلقاً، والاول مسلم لكن مع شرط عدم الاخراج لايكون الاخراج سائغاً فلاتجب الطاعة فيه ، والثاني ممنوع والاوجب عليها طاعته اذا أمرها بمعصية الله تعالى وهو باطل .

(الثانية) لوشرط لها مهراً ان أخرجها الى بلاده ونصفه ان لم تخرج هل لذلك حكم أم لا ؟ قال ابن ادريس[2] ليس لذلك حكم بل تجب عليها طاعته الى أي بلد أراده ويلزمه مهر المثل لجهالة المذكور في العقد، وقال الشيخ في النهاية[3] والقاضي وابن حمزة ان الشرط له حكم ان طلبها الى بلد الاسلام وان طلبها الى بلاد الشرك فلاحكم له ولاتجب عليها طاعته ولها المهر الاعلى . والمستند رواية علي بن رئاب في الحسن عن الكاظم عليه السلام قال : سئل وأنا حاضر عنده عن ذلك. فقال: ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له ولها مائة

---

١) الايضاح ٣/٣٠٩ .

٢) راجع التعليقة السالفة منه آنفاً .

٣) راجع التعليقة السالفة منه آنفاً ايضاً .

(الثامن) لو اختلفا فى أصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه ولو كان بعد الدخول، وكذا لو خلا فادعت المواقعة.

دينار التي أصدقها اياها، وان أراد أن يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي لها صداقها أو ترضى منه ذلك بما رضيت وهو جائز له[1].

ان قلت: اذا لم يلزم الوفاء لو طلبها الى بلاد الشرك فلم وجب عليه المائة؟

قلت: لان العقد وقع عليها، لان أول الرواية: رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه الى بلاده، فان لم تخرج معه فان مهرها خمسون ديناراً وسقوط نصفها مشروط بشرط باطل وهو الخروج الى بلد الشرك.

هذا، والمصنف تردد في الشرائع[2]، وكذا العلامة في القواعد[3] قال فيه نظر. والمنشأ فيهما من عموم « المؤمنون عند شروطهم »[4]، ولانه شرط يتعلق به غرض صحيح، ومن أنه مخالف لمقتضى العقد فلا يصح.

(الثالثة) الشرط المذكور في المسألتين تعلق بالبلد، فعلى تقدير صحة الشرط لو تعلق بمنزلها هل حكمه حكم البلد؟ نظر من عموم « المؤمنون عند شروطهم ». ولتعلق الغرض كما تقدم، ومن أن النكاح سبب شرعي في سلطنة الزوج على المرأة في اسكانها حيث يشاء خرج البلد للنص فيبقى الباقي على أصله. والاولى الاول عملا بالعلة واتحاد الطريق.

قوله: لو اختلفا في اصل المهر فالقول قول الزوج مع يمينه، ولو كان بعد الدخول وكذا لو خلا فادعت المواقعة

---

1) الكافي ٥/٤٠٤، قرب الاسناد: ١٢٤، التهذيب ٧/٣٧٣.
2) الشرائع ٢/١٨٤.
3) القواعد، الفصل الثاني فى الصداق الفاسد من المقصد الثاني فى المهر.
4) الكافي ٦/١٨٧، ٥/٤٠٤، التهذيب ٧/٢٢، الفقيه روضة المتقين ١٣/١٨.

(التاسع) يضمن الاب مهر ولده الصغيران لم يكن له مال وقت العقد ، ولو كان له مال كان على الولد .

هنا مسائل :

(الاولى) اختلفا في التسمية فقال الزوج عقدت بغير مهر وقالت المرأة بل بذكر مهر، فالقول قول الزوج ، اما لانه منكر والقول قول المنكر، أولان الاصل معه وهو عدم ثبوت المهر .

وهذا الحكم سواء كان قبل الدخول أوبعده، لكن مع الدخول يلزمه مهر المثل .

(الثانية) اختلفا في القدر أو الصفة بعد الاتفاق على التسمية ، فالقول قوله أيضاً لما قلناه أولا .

(الثالثة) اختلفا في الاستحقاق فقالت هي انى استحق عليك مهراً وقال هو لاتستحقين قبلي شيئاً، فان كان قبل الدخول فالقول قوله لامكان التفويض والمتعة انما تجب بالطلاق ولم يقع فالقول قوله، وان كان بعده فيحتمل أن يكون كذلك لامكان براءة ذمته من المهر، كما لو زوجه الاب وهو صغير فقير أو السيد وهو رق لكنه نادر فلا يلتفت اليه ، وحينئذ يلزم بجواب سديد .

(الرابعة) اختلفا في حصول سبب كمال الاستحقاق، وهو الدخول الذي هو المواقعة ، فالقول قوله أيضاً . وقد تقدم تحقيق البحث .

(الخامسة) اختلفا في القبض ولا بينة ، فالقول قولها لاصالة عدم التقبيض ، وأصالة بقاء ما كان على ما كان .

(العاشر) للمرأة أن تمتنع حتى تقبض مهرها .

وهل لها ذلك بعدالدخول ؟ فيه قولان ـ أشبههما: أنه ليس لها ذلك .

(النظر الثالث) فى القسم والنشوز والشقاق .

قوله: للمرأة انتمتنع حتى تقبض مهرها ، وهل لهاذلك بعدالدخول فيه قولان اشبههما انه ليس لها ذلك

قال الشيخ في النهاية [1] لها الامتناع حتى تقبض، وأطلق ولم يفصل. وتبعه القاضي، وفصل في المبسوط[2] بأن لها الامتناع قبل الدخول لابعده . ثم حكى عن قوم أن لها ان تمتنع حتى تقبض . قال: وهو الذى يقوى في نفسي .

وهذا يدل على أن اطلاق النهاية هوالحكم الكلي الشامل لما قبل الدخول ولما بعده .

وقال في الخلاف بالتفصيل المذكور، وبه قال التقي والمرتضى وابن حمزة وابن ادريس[3] والمصنف .

وهو المختار ، لان البضع حق للزوج فليس لها الامتناع منه بحق لها عليه بل تسلم اليه حقه وتطالبه بحقها. ولايلزم من جواز امتناعها قبل الدخول جوازه بعده ، لان البضع وان ملكه الزوج بالعقد لكن ملكاً ناقصاً ، وانما يتم بالقبض والقبض هنا الوطىء . كذا قال الشيخ. ولايلزم من امتناع تسليم الملك الناقص امتناع تسليم الملك التام .

---

١) النهاية : ٤٧٥ .

٢) المبسوط ٣١٣/٤ .

٣) السرائر : ٣٠٣ .

أما القسم: فللزوجة الواحدة ليلة، وللاثنتين ليلتان ، وللثلاث ثلاث .

والفاضل من الاربع له أن يضعه حيث شاء .

ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة .

ولا يجوز الاخلال الامع العذر أوالاذن .

والواجب المضاجعة لاالمواقعة .

قوله، أما القسم فللزوجة الواحدة ليلة وللاثنتين ليلتان وللثلاث ثلاث والفاضل من الاربع له يضعه حيث شاء ، ولو كن أربعاً فلكل واحدة ليلة

هنا فوائد :

(الاولى) القسم بفتح القاف مصدرقسمت الشيء فانقسم ، وبالكسر الحظ والنصيب من الخير، مثل طحنت طحناً بفتح الطاء مصدروالطحن بالكسرالدقيق. قال يعقوب : يقال هو يقسم أمره قسماً أي يقدره وينظرفيه كيف يفعل .

والقسمة بين الزوجات ان أخذت من الاول فهي باعتبار تقسيم الزمان عليهن ، وان أخذت من الثاني فهي باعتبار تقدير الزمان والنظرفيه كيف يصرف اليهن .

(الثانية) القسم واجب في الجملة لمن يجب الانفاق عليها ، لقوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف»[1] . وان النبى صلى الله عليه وآله وسلم مات عن تسع وكان يقسم لثمان ، لان سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة[2] . والتأسي به واجب ، لما تقررفي الاصول، وفى الحديث دلالة على جواز هبة الليلة .

---

١) سورة النساء: ١٩ .

٢) سنن البيهقى ٧/٢٩٦ ، المبسوط ٤/٣٢٤ .

(الثالثة) هل هي واجبة ابتداء أواذا أراد الابتداء بواحدة وجب أن يقسم ؟ المشهور هوالاول ، لانه حق مشترك بين الزوجين لاشتراك ثمرته فلها المطالبة بحقها منه، ولان الاحاديث بوجوبه مطلقة من غير اشتراط ابتداء. وقال الباقر عليه السلام : يقسم للحرة الثلثين من ماله ونفسه وللامة الثلث من ماله ونفسه[1] .

وقال الشيخ في المبسوط[2] بالثاني ، واختاره المصنف في الشرائع[3] ، لاصالة عدم الوجوب، ولانتفاء الدليل عليه خرج مابعد الابتداء للاجماع فيبقى الباقي على أصله، ولانه بعد الابتداء لولم يقسم لزم الترجيح من غير مرجح لاشتراك الجميع في الزوجية، ولانه يكون حينئذ ميلا منهياً عنه بقوله تعالى « ولاتميلوا كل الميل »[4] فيكون حراماً .

(الرابعة) ان قلنا بالوجوب ابتداء لزم وجوب القرعة والالزم الترجيح بلا مرجح، وان قلنا بعدمه جاز الابتداء بمن أراد. والشيخ في المبسوط[5] وان قال بالثاني لكنه أوجب القرعة .

(الخامسة) لاتجوز القسمة أقل من ليلة لانه تنغيص[6] ، وهل يجوز اكثر من ليلة اختياراً ؟ قيل نعم مطلقاً لعدم التفاوت ، وقيل لا الابالرضا لما في ذلك من بعد العهد المستلزم لضعف المودة .

وقال الشيخ في المبسوط[7] يجوز ثلاث ليال بغير رضاهن، أما الزائد فلابد

---

١) التهذيب ٧/٤٢١، الوسائل ١٥/٨٧ .

٢) المبسوط ٤/٣٢٥ .

٣) الشرائع ٢/١٨٦ .

٤) سورة النساء: ١٢٩ .

٥) المبسوط ٤/٣٢٦ .

٦) نغص عليه العيش تنغيصاً : كدره، وتنغصت معيشته: تكدرت

٧) المبسوط ٤/٣٢٩ .

ويختص الوجوب بالليل دون النهار ، وفى رواية الكرخى : انما عليه أن يكون عندها فى ليلتها ويظل عندها فى صبيحتها .

من الرضا. واختار المصنف في الشرائع[1] الثاني . وهوأولى .

هذا مع التساوي فى الاستحقاق ، أمامع التفاوت فيه كما يجىء فقد يضطر الى القسمة أزيد من ليلة فلا يشترط الرضا .

قوله : ويختص الوجوب الليل [دون النهار] ، وفى رواية الكرخى انما عليه أن يكون عندها فى ليلتها ويظل عندها فى صبيحتها

لما قرر أن الواجب في القسمة هوالمضاجعة لاالمواقعة ـ لانها انما تجب في كل أربعة اشهرمرة ـ قال : ويختص وجوب المضاجعة بالليل . ولا خلاف فيه.

وأيضاً ان النهارللمعاش ، فوجوب كونه عندها فيه يستلزم الحرج ولاحرج في الدين . اللهم الا أن يكون معاشه بالليل كالحارس والبزار فانه حينئذ يقسم نهاراً .

وقال ابن الجنيد: العدل بين النساء اذا كن حرائرمسلمات الايفضل احداهن على الاخرى في الواجب لهن من مبيته بالليل وقيلولة صبيحة تلك الليلة ، كان[2] ممنوعاً من الوطىء أولا .

والرواية المشاراليها رواها ابراهيم الكرخي قال: سألت الصادق عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم؟ فقال : انما عليه أن يكون

---

١) الشرائع ٢/١٨٦ .

٢) اى سواء كان ممنوعاً من الوطى ام لا .

ولو اجتمعت مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللامة، ليلة والكتابية كالامة .

ولاقسمة للموطوءة بالملك.

ويختص البكر عند الدخول بثلاث الى سبع ، والثيب بثلاث.

ويستحب التسوية بين الزوجات في الانفاق واطلاق الوجه والجماع ، وأن يكون فى صبيحة كل ليلة عند صاحبتها .

عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها[1] . وهي مشعرة بقول ابن الجنيد . والاولى حمل ذلك على الاستحباب .

قوله : فاذا اجتمع مع الحرة أمة بالعقد فللحرة ليلتان وللامة ليلة ، والكتابية كالامة

قيد الامة بكونها بالعقد لتخرج الامة بالملك فانها لا قسمة لها ، وكلام المفيد[2] مشعر بأنه لاتستحق الامة قسمة سواء وطئت بالعقد أو بالملك، والمشهور الاول ، استناداً الى رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : اذا كانت تحته امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي مايقسم للمملوكة[3] .

وكون الكتابية كالامة في القسم ذكره ابن الجنيد والشيخ في المبسوط[4]، وهو حسن لنقصها بسبب الكفر فلا تساوي الحرة المسلمة ، وكذلك الامة

---

١) الفقيه ٣/٢٧٠ ، الكافى ٥/٥٦٤ ، التهذيب ٧/٤٢٢ .
٢) المقنعة : ٨٠ .
٣) التهذيب ٧/٤٢١ .
٤) المبسوط ٤/٣٢٧ .

الكتابية لاتساوي الامة المسلمة لعلوهذه على تلك بالاسلام، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الاسلام يعلو[1] .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اجتماع الامة مع الحرة امابالاذن من الحرة ان كانت الحرة سابقة أوللرضا ان كانت لاحقة.

(الثانية) نكاح الكتابية قد تقدم أنه لايجوز غبطة ابتداء بلا استدامة ، كما لوأسلم الكتابي عن كتابية فانه يستبيحها بالعقد الأول ان كانت حرة مطلقاً ، وان كانت أمة فمع رضا الحرة .

(الثالثة) قدتقدم أنه لايجوز للحر المسلم اكثرمن أمتين وان كان معهما شيء من الحرائرفحرتين، وحينئذ لواجتمع عنده مع الحرة المسلمةأمةأو كتابية حرة أوأمة تكون القسمة اكثرمن ليلة ، لما تقدم أنه لايجوز أقل من ليلة . والمساواة وترك حقه ممتنعان شرعاً ، فوجب القسمة على وجه لايقع فيه ظلم ولا مخالفة شرعية للشرع .

والدورالشرعي بحسب النصاب الشرعي أربع ليال لاغير ، وحينئذ لابدمن دورآخرتقع فيه القسمة على وجه ترتفع معه المحذورات .

(الرابعة) صور الاجتماع على ذلك التقدير أقسام :

« ١ » ـ حرة مسلمة وأمة مسلمة ، الدور ثمان للحرة ليلتان وللامة ليلة ويبقى له خمس .

« ٢ » ـ حرة مسلمة وحرة كتابية كذلك .

« ٣ » ـ حرتان مسلمتان وامة مسلمة كذلك ويبقى له ثلاث .

« ٤ » ـ حرتان مسلمتان و كتابية كذلك .

---

١) عوالى اللئالى ٢٢٦/١ .

«٥» ـ حرتان وأمتان، الدورثمان أيضاً ويبقى له ليلتان .

«٦» ـ حرتان مسلمتان و كتابيتان حرتان كذلك .

«٧» ـ حرتان مسلمتان وأمة و كتابية كذلك .

«٨» ـ ثلاث حرائر مسلمات وأمة مسلمة كذلك ويبقى له ليلة .

«٩» ـ ثلاث حرائر مسلمات و كتابية حرة كذلك .

«١٠» ـ حرة مسلمة وثلاث كتابيات حرائر كذلك ويبقى له ثلاث .

«١١» ـ حرة مسلمة وأمة كتابية، الدور ستة عشر للحرة أربع وللامة ليلة ويبقى له أحد عشر .

«١٢» ـ حرة مسلمة وأمة مسلمة وأمة كتابية، للحرة المسلمة أربع وللامة المسلمة ليلتان وللامة الكتابية ليلة ويبقى له تسع .

«١٣» ـ حرة مسلمة وحرة كتابية وأمة كتابية كذلك .

«١٤» ـ العدد المذكور ويزيد أمة مسلمة، الحكم كذلك ويبقى له سبع.

«١٥» ـ حرتان مسلمتان وأمة كتابية كذلك .

«١٦» ـ ثلاث حرائر مسلمات وامة كتابية ، لكل حرة أربع وللامة ليلة ويبقى له ثلاث . والضابط أن للحرة المسلمة جزء وللامة المسلمة أو الحرة الكتابية نصف جزء وللامة الكتابية ربع جزء .

(الخامسة) المشهور أن المتعة لاقسمة لها . وقال ابن ابى عقيل : قيل انه اذا كان له امرأتان متعة واعلان[1] فله أن يقسم لاحداهما ليلة وللاخرى ثلاث ليال ، لان له أن يتزوج منهن أربعاً . والظاهر أنه لم يرد القسمة الواجبة ، بل مراده أنزوجةالغبطة ليس لها الا ليلة واحدة والثلاث يضعها أين شاء اما المتمتعة أو غيرها .

---

١) امرأة اعلان : اى دائمة . وكذا زوجة الغبطة وهى أيضاً : الدائمة .

وأما النشوز : فهوارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له .

فمتى ظهرمن المرأة أمارة العصيان وعظها ، فان لم ينجع هجرها في المضجع .

قوله : واما النشوز[١] فهوارتفاع احد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له

هذه عبارة علي بن بابويه في رسالته ، فانها صريحة في كون النشوزيكون من كل واحد من الزوجين .

وعبارة الشيخ في النهاية[٢] تدل على أنه مختص بالرجل ، لانه قال : وأما النشوز فهو أن يكره الرجل المرأة وتريد المرأة القيام[٣] معه وتكره مفارقته ويريد الرجل طلاقها . وهذه العبارة تقتضي انحصار النشوز في الرجل والالزم كون المبتدأ اعم من خبره وهوباطل.

وكذا فهمه ابن ادريس[٤] وقال : قول ابن بابويه أقوى من قول الشيخ . وهو صحيح ، لان القرآن صريح في نسبة النشوز الى المرأة ، لقوله تعالى « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن »[٥] الاية .

---

١) قال في المصباح : نشرت المرأة من زوجها نشوزاً من بابي قعد وضرب: عصت زوجها وامتنعت عليه . ونشزالرجل من امرأته نشوزاً بالوجهين : تركها وجفاها .

٢) النهاية: ٣٥٠ .

٣) في النهاية : المقام معه .

٤) السرائر : ٣٣٨ .

٥) سورة النساء : ٣٤ .

وصورته أن يوليها ظهره في الفراش .

فان لم تنجع ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها مالم يكن مبرحاً .

ولو كان النشوز منه فلها المطالبة بحقوقها .

ولو تركت بعض ما يجب أو كله استمالة جاز له القبول .

وأما الشقاق : فهو أن يكره كل منهما صاحبه .

فاذا خشي الاستمرار بعث كل منهما حكماً من أهله ، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم ، ويجوز أن يكونا أجنبيين .

قوله : وصورته ان يوليها ظهره في الفراش

هذا أيضاً تفسير ابني بابويه في الرسالة والمقنع[1] ، وقال الشيخ في المبسوط[2] : الهجران أن يعتزل عن فراشها . واختاره ابن ادريس[3] . والحق الاخذ على الاول ، فان لم ينجع[4] انتقل الى الثاني .

قوله : واما الشقاق فهو ان يكره كل منهما صاحبه

الشقاق لغة الخلاف والعداوة ، وشرعاً خلاف يقع بين الزوجين ويلزمه كراهة كل منهما لصاحبه . فالمصنف عرفه بكراهة كل منهما صاحبه ، لان «ان» مع الفعل في تقدير المصدر ، فهو من باب اطلاق اللازم على الملزوم .

قوله: فان خشي الاستمرار بعث كل منهما حكماً من اهله ، ولو امتنع الزوجان بعثهما الحاكم . ويجوز ان يكونا اجنبيين

---

١) المقنع : ١١٧ .

٢) المبسوط ٣٣٨/٤ .

٣) راجع التعليقة السالفة منه .

٤) نجع الدواء والوعظ : ظهر أثره .

هنا مسائل :

(الاولى) ان المصنف جعل الباعث للحكم الزوجين ، وهوخلاف الظاهر من قول الاصحاب ان الباعث هوالحاكم. ويدل عليه قوله تعالى «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها»[١]، فانه خاطب الحكام بقوله « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »[١] وأتى بضميري الزوجين غائبين ، ولو كان المراد كما قال المصنف لقال فلينصب كل منهما حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فان الانسان لايبعث أحداً الى نفسه .

نعم قال ابنا بابويه في الرسالة والمقنع[٢] يختار الرجل رجلا والمرأة رجلا. وهذا لايدل على أنهما الباعثان ، لجواز أن يريد ان الباعث هو الحاكم لكن لا يبعث الامن اختاره الزوجان .

(الثانية) مع امتناع الزوجين من البعث على رأي المصنف يجب على الحاكم ذلك حسبة، وعلى قول الاكثر ان الباعث هو الحاكم لايحتاج الى تقييده بالامتناع .

(الثالثة) قال المصنف يجوز كونهما أجنبيين، وهو المشهور عند الاصحاب. وقيل لايجوز : أما أولا فلظاهر الكتاب ، وأما ثانياً فلان الاهل أعرف بمصالح الزوجين وأخلاقهما وما يقتضيه المصلحة بينهما بخلاف الاجانب .

وقال المصنف في الشرائع[٣] كونهما من الاهل على الاولى، أما مع تعذر الاهل فلا كلام في جواز الاجانب حينئذ .

---

١) سورة النساء : ٣٥ .

٢) المقنع : ١١٨ .

٣) الشرائع ٢/١٨٨ .

وبعثهما تحكيم لاتوكيل، فيصلحان ان اتفقا ، ولا يفرقان الا مع اذن الزوج فى الطلاق والمرأة فى البذل .

ولواختلف الحكمان لم يمض لهما حكم .

(النظر الرابع) فى أحكام الاولاد .

قوله : وبعثهما تحكيم لاتوكيل ، فيصلحان ان اتفقا ولايفرقان الامع اذن الزوج فى الطلاق والمرأة فى البذل، ولواختلف الحكمان لم يمض لهما حكم

هنا فوائد :

(الاولى) هل بعثهما تحكيم أوتوكيل ؟ قال الشيخ في المبسوط[1] وابن ادريس[2] والقاضي في المهذب بالاول ، لانه خاطب الحكام بالبعث وسماهما حكمين ولوكان توكيلا لخاطب الزوجين، ولانهما ان رأيا الاصلاح فعلاه من غير استيذان وليس لهما التفريق الاباذنهما ، ولوكان توكيلا لكان ذلك تابعاً للوكالة .

وقال القاضي في الكامل بالثاني ، محتجاً بأن البضع حق الزوج والمال حق للمرأة فليس لاحدالتصرف فيهما الاباذنهما على وجه التوكيل لعدم الحجر عليهما .

وفيه نظر، لان كثيراً ما يحجرشرعاً على البالغ الرشيد وتثبت الولاية عليه كالمماطل[3] والمفلس .

---

١) المبسوط ٣٣٩/٤ .

٢) السرائر : ٣٣٨ .

٣) مطله بدينه : اذا سوفه بوعدالوفاء مرة بعد اخرى .

(الثانية) ان الحكمين ان رأيا الاصلاح مصلحة فعلاه من غير افتقار الى مراجعة والا لما كانا حكمين. هذا خلف، ولانه تعالى قرن ارادتهما الاصلاح بالتوفيق فلايفتقر الى أمرزائد.

وأما ان رأيا التفريق أصلح، فقال الاكثرانهما لايفعلاه الا بعد استيذان الرجل في الطلاق والمرأة في البذل، لدلالة رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[1] على ذلك.

وقال ابن حمزة: ان جعل الحاكم الاصلاح والطلاق اليهما أنفذا مارأياه صلاحاً من غيرمراجعة، وان أطلق القول لهمالم يجزالتفريق الابعد مراجعتهما.

وهوحسن، وهومبني على ان بعثهما باختيار الزوجين واذنهما، فان الأذن أولا كالاذن أخيراً. وتؤيد ذلك رواية سماعة عن الصادق عليه السلام[2].

(الثالثة) لواختلف الحكمان ـ بأن رأى واحد الاصلاح خيراً ورأى الاخر التفريق خيراً ـ لم يمض لهما حكم، لان امضاء حكم أحدهما ترجيح من غير مرجح، وامضاء حكمهما جمع بين النقيضين لاختلافهما، فلم يبق الاعدم الامضاء. وذلك هوالمطلوب.

---

١) الكافى ١٤٦/٦، التهذيب ١٠٣/٨، الفقيه ٣٣٧/٣، فى الاخير بعد نقل الرواية قال: قال مصنف هذا الكتاب ـ رحمه الله ـ لما بلغت هذا الموضع ذكرت فصلالهشام بن الحكم مع بعض المخالفين فى الحكمين بصفين عمرو بن العاص وابى موسى فأحببت ايراده وان لم يكن من جنس ما وضعت له الباب، قال المخالف: ان الحكمين لقبولهما الحكم كانا مريدين للاصلاح بين الطائفتين. فقال هشام: بل كانا غيرمريدين للاصلاح بين الطائفتين. فقال المخالف: من أين قلت هذا؟ قال هشام: من قول الله عزوجل فى الحكمين حيث يقول «ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما» [النساء: ٢٤]. فلما اختلفا ولم يكن بينهما اتفاق على أمرواحد ولم يوفق الله بينهما علمنا أنهما لم يريدا الاصلاح. روى ذلك محمد بن ابى عميرعن هشام بن الحكم ـ انتهى.

٢) التهذيب ١٠٤/٨، الكافى ١٤٧/٦.

ولدالزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهر مـن حين الوطء ووضعه لمدة الحمل أو أقل ، وهى تسعة أشهر ، وقبل عشرة أشهروهوحسن ، وقيل سنة وهومتروك .

فلواعتزلهاأوغاب عنها عشرة أشهر فولدت بعدها لم يلحق به.

ولوأنكر الدخول فالقول قوله مع يمينه .

ولواعترف به ثم أنكرالولد لم ينتف عنه الا باللعان .

ولواتهمها بالفجور أوشاهد زناها لم يجزله نفيه .

ويلحق به الولد ولونفاه لم ينتف الاباللعان. وكذالواختلفا فى مدة الولادة .

قوله: ولد الزوجة الدائمة يلحق به مع الدخول ومضى ستة أشهرمن حين الوطى ووضعه لمدة الحمل اواقل وهى تسعة اشهر، وقيل عشرة اشهر وهوحسن، وقيل سنة ، وهو متروك

هنا فوائد :

(الاولى) للحوق الولد شرائط ثلاث : « ١ » الوطىء بسبب غيرباطل من عقد أوملك أوشبهة ، « ٢ » مضي ستة اشهرفمازاد مـن حين الوطىء الى حين الولادة ، « ٣ » عدم تجاوز أقصى الحمل . فلولـم يحصل الوطىء لم يلحق ، وان تقدم عقد أوحصل وطىء وعقد وجاء لدون الستة لـم يلحق أيضاً ، وكذا لوجاء زائداً على الستة وتجاوز الاقصى لم يلحق . كل ذلك اجماعاً منا .

(الثانية) هذه الشرائط غيرمختصة بولد الدائم ، بل هي شرائط أيضاً لولد المتعة والملك والشبهة، وحينئذ لاوجه لتخصيص ذلك بالزوجة الدائمة . اللهم الأن يقال: انها اذا حصلت في ولدالدائمة ألحقت ولونفاه لم ينتف الاباللعان ،

ولوزنى بامرأة فأحبلها لم يجز الحاقه به وان تزوج بها. وكذا لوأحبل أمة غيره بزنى ثم ملكها .

ولوطلق زوجته فاعتدت وتزوجت غيره وأتت بولدلدون ستة أشهر فهوللاول .

ولوكان لستة فصاعداً فهوللاخير .

ولولم تتزوج فهو للاول مالم يتجاوز أقصى الحمل ، وكذا

بخلاف باقي الاقسام فانها اذا حصلت الشرائط في واحد منها لحق الولد لكن لونفاه أثم ولم يفتقرالى لعان .

(الثالثة) لاخلاف أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، ومستنده مالزم من نص قوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً»[1] ومن نص قوله تعالى « وفصاله في عامين »[2] ، فاذا اسقط الحولان من الثلاثين بقي ستة وهوالمطلوب .

فلوأتت بالولد لدون الستة هل يجب نفيه أويجوز الحاقه ؟كلام الشيخين في النهاية والمقنعة[3] يدل على الثاني ، وقال ابن ادريس[4] واكثر الفقهاء بالاول .

وهوالحق، لانه ليس بولد له، ويسقط حكم الفراش لحصول العلم بخلافه شرعاً . وأيضاً حذراً من اختلاط النسب ومن الشبهة ووضع الميراث في غير موضعه ووجوب النفقة وغيرذلك .

---

١) سورة الاحقاف : ١٥ .

٢) سورة لقمان : ١٤ .

٣) المقنعة : ٨٤ ؛ النهاية : ٥٠٥ .

٤) السرائر : ٣٢٠ .

الحكم فى الامة لو باعها بعد الوطء .

وولد الموطوءة بالملك يلحق بالمولى ويلزمه الاقرار به .

لكن لو نفاه انتفى ظاهراً ، ولا يثبت بينهما لعان .

ولو اعترف به بعد النفى ألحق به ، وفى حكمه ولد المتعة .

وكل من أقر بولد ثم نفاه لم يقبل نفيه .

(الرابعة) لاخلاف عندنا أنه لاتزيد مدة الحمل عن سنة، واختلف في دونها فقال الشيخان[1] في النهاية والخلاف والمقنعة والسيد في جواب الموصليات والقاضي وسلار وابن ادريس[1] تسعة أشهر، ومستنده الرواية عن العبد الصالح عليه السلام: انما الحمل تسعة أشهر[2] . وكذا رواه عنه عليه‌السلام عبدالرحمن ابن الحجاج في المطلقة تدعي الحمل تنتظر تسعة أشهر، فان ولدت والا اعتدت بثلاثة اشهر ثم قد بانت منه[3].

وقال الشيخ في المبسوط[4] عشرة أشهر، واستحسنه المصنف لكثرة وقوعه. وذكره سلار وابن حمزة رواية .

وأما السنة فمنسوب الى المرتضى في الانتصار . والعمل على الاول ، وقد يعمل على العشرة اذا خيف الرمي بالزنا ، كمن غاب عن زوجته فولدت لعشرة من وطئه فانه يلحق به والالزم الرمي بالزنا من غير تيقن ، فان العشرة وان لم تكن اكثرية فهي كثيرة .

---

١) النهاية : ٥٠٥ ، الخلاف ٦٥/٣ ، المقنعة : ٨٤ ، السرائر : ٣١٨ .

٢) الكافى ١٠١/٦ .

٣) الكافى ١٠١/٦ ، التهذيب ١٢٩/٨ ، الفقيه ٣٣٠/٣ .

٤) المبسوط ٣٠٥/٨ .

ولو وطئها المولى وأجنبى حكم به للمولى ، فان حصل فيه أمارة يغلب معها الظن أنه ليس منه لم يجزله الحاقه ولا نفيه ، بل يستحب أن يوصى له بشىء ولا يورثه ميراث الاولاد .

ولو وطئها البائع والمشترى فالولد للمشترى ، الاأن يقصر الزمان عن ستة أشهر .

ولو وطئها المشتركون فولدت وتداعوه أقرع بينهم وألحق بمن يخرج اسمه ويغرم حصص الباقين من قيمته وقيمة أمه .

ولا يجوز نفى الولد لمكان العزل ، ولا مع التهمة بالزنى .

والموطوءة بالشبهة يلحق ولدها بالواطىء .

ولوتزوج امرأة لظنه خلوها من بعل فبانت محصنة ردت على الاول بعد الاعتداد من الثانى ، وكانت الاولاد للواطىء مع الشرائط .

قوله : فان حصلت فيه امارة يغلب معها الظن انه ليس منه لم يجزله الحاقه ولانفيه ، بل يستحب ان يوصى له بشىء

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة والشيخ يحيي، لرواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[2] في قضية الأنصاري الذي وجد مملوكه على بطن زوجته .

وتوقف في ذلك المصنف في غيرهذا الكتاب، والعلامة[3] لانه اما أن يكون

---

١) النهاية : ٥٠٦ .

٢) الكافى ٤٨٨/٥ ، التهذيب ١٧٩/٨ ، الفقيه ٢٤٠/٤ .

٣) القواعد : المقصد الرابع فى الولادة .

ويلحق بذلك أحكام الولادة ، وسننها استبداد النساء بالمرأة وجوباً الامع عدمهن ، ولابأس بالزوج وان وجدن .

ويستحب غسل المولود، والاذان في اذنه اليمنى، والاقامة في اليسرى، وتحنيكه بتربة الحسين عليه السلام، وبماء الفرات، ومع عدمه بماء فرات ، ولولم يوجد الا ماء ملح خلط بالعسل أوالتمر .

ويستحب تسميته الاسماء المستحسنة ، وأن يكنيه .

ويكره أن يكنى محمداً بأبى القاسم ، وأن يسمى حكماً ، أوحكيماً ، أوخالداً ، أوحارثاً ، أو مالكاً ، أوضراراً .

ويستحب حلق رأسه يوم السابع مقدماً على العقيقة، والتصدق بوزن شعره ذهباً أوفضة ، ويكره القنازع .

ويستحب ثقب أذنه وختانه فيه ، ولوأخرجاز .

ولوبلغ وجب عليه الاختنان .

وخفض الجارية مستحب ، وأن يعق عنه فيه أيضاً. ولاتجزىء الصدقة بثمنها ، ولوعجزتوقع المكنة .

سبب الالحاق موجوداً أولا، فمن الاول يجب الحاقه ومن الثاني يحرم ولاواسطة بينهما .

قوله : وان يعق عنه فيه أيضا ـ الى آخره

هذا عطف على المستحبات يوم السابع ، وهو مذهب الشيخين[1] وابن ادريس[1] ، لاصالة البراءة وحمل ماورد على شدة الاستحباب .

1) المقنعة : ٨١ ، الخلاف ٢٦٣/٣ ، السرائر : ٣١٨ .

ويستحب فيهـا شروط الاضحية ، وأن تخص القابلة بالرجل والورك ، ولو كانت ذمية أعطيت ثمن الربع .

ولولم تكن قابلة تصدقت به الام ، ولولم يعـق الوالد استحب للولداذا بلغ. ولومات الصبى فى السابع قبل الزوال سقطت ، ولومات بعد الزوال لم يسقط الاستحباب.

ويكره أن يأكل منها الوالدان ، وأن يكسرشيء من عظامها ، بل يفصل مفاصل الاعضاء .

ومن التوابع : الرضاع والحضانة . وأفضل ما رضع لبن أمه .

وقال المرتضى وابـن الجنيد بالوجوب ، لظاهر الروايات ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أهريقوا عنه دماً[1] . والامر للوجوب . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : كل مولود مرتهن بالعقيقة[2] وغيرذلك .

قوله : وافضل ما رضع لبان امه

قال الجوهري: اللبان بالكسر كالرضاع ، يقال هوأحق بلبان أمه . قال ابن السكيت: ولايقال بلبن أمه، انما اللبن الذي يشرب . وقال الحريري: الصواب أن يقال ارتضع بلبانه لان اللبـن هـو المشروب ، واللبان مصدر « لابنه » أي شاركه في شرب اللبن .

وانماكان أفضل لان لبنها وفق لمزاجه لتغذيته به وهوفي الرحم لماكان دماً.

---

١) سنن ابى داود ١٠٦/٣، صحيح البخارى- شرح الكرمانى ٧٤/٢٠ ، كنز العمال ٤٣١/١٦ ، سنن ابن ماجة ١٠٥٧/٢ فى بعضها: كل غلام مرتهن بعقيقته .

٢) الكافى ٢٤/٦ ، التهذيب ٤٤١/٧ ، الفقيه ٣١٢/٣ .

ولاتجبر الحرة على ارضاع ولدها ويجبر الامة مولاها .

وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه . وكذا لو أرضعته خادمتها .

ولو كان الاب ميتاً ، فمن مال الرضيع .

ومدة الرضاع حولان . ويجوز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لاأقل ، والزيادة بشهر أو بشهرين لاأكثر .

ولا يلزم الوالد أجرة ما زاد عن حولين .

وأما اللباء بكسر الفاء وفتح العين ومد اللام وهو أول اللبن في النتاج فقال العلامة في القواعد[1] ان الأم تجبر على ارضاعه ، لان الولد لايعيش بدونه . وتبعه الشهيد في بعض تصانيفه .

وهذه العبارة تدل على الوجوب مع أنه قال : ولها الاجرة عنه .

وفيه نظر ، لانا نمنع أن الولد لايعيش بدونه أولا ليكون واجباً عليها ، ونمنع استحقاق الاجرة على فعل الواجب ثانياً ، اذ هو خلاف المعهود من قواعد الشرع .

قوله : ولاتجبر المرأة على ارضاع ولدها ويجبر الامة مولاها وللحرة الاجرة على الاب ان اختارت ارضاعه

هنا مسائل ثلاث :

(الاولى) ان الحرة لاتجبر على ارضاع ولدها ، وهو ظاهر ، لعدم وجوبه عليها ، للاصل ولقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى »[2] ، ولو كان واجباً عليها لم يقل فسترضع له أخرى .

---

١) القواعد ، الفصل الثالث في الرضاع من المقصد الرابع في الولادة .

٢) سورة الطلاق: ٦٥ .

(الثانية) ان الامة يجبرها مولاها على الارضاع ، لانـه منفعة من منافعها المملوكة فجازله الاجبار .

(الثالثة) ان الحرة اذا اختارت ارضاعه ولم تتبرع لها الاجرة على الاب ، لان ذلك من لوازم عدم الوجوب . وبه قال الشيخ في النهاية[1] واتباعه والمرتضى وابن ادريس[1] .

وقال في المبسوط[2] ان كانت في حباله لاتستحق أجرة، لان منافعها مستحقة له بعقد النكاح ، فلا يصح عقد الاجارة عليها، كالأجير الخاص فانه لو استأجره المستأجر لذلك العمل ثانياً بطل ، فكذا هنا . أما اذا كانت بائنة عنه فيجوز عقد الاجارة عليها للارضاع وغيره ، لانها ملكت منافعها بالبينونة .

أجاب العلامة[3] بالمنع من ملكه جميع منافعها ، بل وجوه الاستمتاع لاغير . ويؤيد ذلك الاصل وظاهر قوله تعالى «فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن»[4] فانه لم يفرق بين كونها في حباله أولا .

وهذا جواب حسن .

ان قلت : بل هو مالك لجميع منافعها ، ولهذا وجبت نفقتها عليه وكان له منعها من الخروج من بيته .

قلت : نمنع الملازمة بين وجوب النفقة وملك المنافع ، لانفكاك كل منهما عن الاخر ، فان القريب تجب نفقته ولا تملك منافعه ، والأجير الخاص يملك منافعه ولاتجب نفقته ، واذا كان كذلك فلادلالة .

ولانسلم أيضاً أن المنع من الخروج يستلزم ملك المنافع جملة ، بل ذلك

١) النهاية : ٥٠٣ ، السرائر : ٣١٨ .
٢) المبسوط ٣٦/٦ .
٣) المختلف ، الجزء الخامس ٢٦ .
٤) سورة الطلاق : ٦ .

والام أحق بارضاعه اذا تطوعت أو قنعت بما تطلب غيرها ، ولوطلبت زيادة عن ما قنع غيرها فللاب نزعه واسترضاع غيرها.

لازم لملك الاستمتاع مطلقاً بحيث لا يخص زماناً ولامكاناً .

قوله: والام أحق بارضاعه اذا تطوعت اوقنعت بما يطلب غيرها، ولو طلبت زيادة عما قنع غيرها فللاب نزعه واسترضاع غيرها

هنا أقوال :

(الاول) ماذكره المصنف واختاره العلامة[1] وهو كونها أحق بالولد مع تبرعها أورضاها بما يرضى به الغيروالا كان للاب انتزاعه ، سواءكانت في حباله أو بائنة منه .

(الثانية) قول الشيخ[2] بأن الحكم المذكوريختص بالبائنة عنه ، بناء على مذهبه ، وهوعدم جواز استيجارمن هي في حباله .

(الثالثة) قول ابى حامد من الشافعية أنه ليس للاب نقله عن الام الا اذا امتنعت من الارضاع ويلزمه أجرة المثل اذا لم تمتنع، واحتج بقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »[3]، فانه تعالى أوجب لهن الاجرة اذا أرضعنه ولم يفصل بين وجود المتبرعة وعدمها، فلايجوزنقله عنها الى المتبرعة .

وقواه ابن ادريس .

وأجاب الشيخ[4] عن الاية بأن مقتضاها وجوب الاجرة اذا ارضعت، وليس النزاع فيه بل فيما اذا أرادت ارضاعه بالاجرة هل يجوزأخذه منها ودفعه الى المتبرعة أم لا؟

---

١) القواعد، الفصل الثالث في الرضاع من المقصد الرابع في الولادة .

٢) المبسوط ٦/٣٨ ، ٣٩ .

٣) سورة الطلاق : ٦ .

٤) المبسوط: ٣٧ .

ثم احتج بقوله تعالى «فان تعاسرتم فسترضع له أخرى»[1] ، فانها اذا طلبت الاجرة ويريد أبوه عدمها فقد تعاسرا .

قلت : لابى حامد أن يقول : المراد من قوله «فان أرضعن لكم » ان أردن الارضاع لكم ، ومن قوله « وان تعاسرتم » أي في الارضاع وعدمه ، أي ان امتنعت من الارضاع فسترضع له أخرى ، لانها اذا طلبت الاجرة .

فان قال الشيخ حمل الارضاع على ارادته مجاز والاصل الحقيقة . فلابى حامد أن يقول : المجاز لابد من ارتكابه عندكم أيضاً ، لان الاجرة عندكم يلزم بنفس العقد ولايتوقف على العمل، فاذا أجريتم « أرضعن » على ظاهره لزمكم أن تقولوا : ان الاجرة لاتستحق الابكمال العمل وليس ذلك مذهباً لكم .

وللشيخ أن يجيب: ان لزوم الاجرة بعد الارضاع لا يستلزم عدمه قبله الا بدليل الخطاب ، وليس بحجة عندنا ، والتعاسروان احتمل كونه في الارضاع فكذا يحتمل أن يكون في الاجرة وكميتها، فليحمل على المعنيين معاً دفعاً للترجيح من غيرمرجح وحملا لكلامه تعالى على أكمل الفوائدكما قال صلى الله عليه وآله وسلم : أوتيت جوامع الكلم[2] .

قوله : واما الحضانة

هي لغة من حضن[3] بيضه يحضنه: اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه، و كذلك

---

١) سورة الطلاق : ٦ .

٢) صحيح البخاري ـ شرح الكرماني ١١٧/٢٤ ، وفيه : بعثت بجوامع الكلم .

٣) الحضن ما دون الابط الى الكشح، واحتضنت الشيء جعلته فى حضنى ، والجمع احضان مثل حمل واحمال ، ويعدى الى المفعول الثانى بالهمزة فيقال : احضنت الطائر البيض : اذا جثم عليه .

فالام أحق بالولد بمدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة .

واذا فصل فالحرة أحق بالبنت الى سبع سنين ، وقيل الى تسع سنين ، والاب أحق بالابن .

المرأة اذا حضنت ولدها، وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته .

وشرعاً[1] ولاية وسلطنة تستحقها الام مدة معلومة ، فمع اجتماع الزوجين لا كلام في كون الولد بينهما بحيث يقوم كل منهما بما يجب عليه في تربيته . ومع افتراقهما وتنازعهما في تولي أحواله وتربيته ، فان كان بالغاً رشيداً فأمره الى نفسه ينضم الى من شاء، سواء كان ذكراً أوانثى، الاأنه يكره للانثى مفارقة أمها حتى تتزوج . وان كان بعد في الطفولية فسيأتي تفصيله .

قوله : فالام أحق بالولد مدة الرضاع اذا كانت حرة مسلمة ، فاذا فصل فالحرة احق بالبنت الى سبع سنين ، وقيل الى تسع سنين والاب احق بالابن

الام أحق بالولد مدة الرضاع بلا خلاف ذكراً كان أوأنثى ، أما اذا فصل ففيه أقوال :

(الاول) مااختاره المصنف ، وهو مذهب الشيخ فى النهاية[2] والقاضي في الكامل وابن حمزة وابن ادريس[2].

---

١) قال فى المسالك : واما الحضانة هـى بفتح الحاء ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصحلته من حفظه ، وجعله فـي سريره ورفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحوذلك، وهي بالانثى أليق منها بالرجل لمزيد شفقتها وخلقها المعد لذلك بالاصل .

٢) النهاية : ٥٠٣ ، السرائر: ٣١٩ .

(الثاني) قول المفيد[1] ان الام أحق بالبنت الى تسع .

(الثالث) قول الشيخ في المبسوط والخلاف[2] ان الام أولى بالولد الى أن يصيرمميزاً ، وهو سبع سنين أوثمان ، واذا صارمميزاً فالذي رواه أصحابنا أن الاب أولى بالذكروالام أولى بالانثى .

(الرابع) قول ابن بابويه المرأة أحق بالولد مالم تتزوج .

(الخامس) قول ابن الجنيد الام أحق بالصبى الى سبع سنين، ولوجاوزها وهومعتوه كان حكمه حكم الطفل في استحقاق الام اياه، وأما البنت فالام أولى بها مالم تتزوج الام .

(السادس) قول القاضي في المهذب: الام أولى الى أن يميز، وبعد التميز الام أولى أيضاً بالابن الى سبع سنين وبالبنت الى تسع .

واعلم أن العلامة[3] أفتى بقول الشيخ في النهاية كما أفتى به المصنف جمعاً بين الروايات ، والا فليس ثم رواية صريحة بقول من هذه الاقوال .

والتحقيق أن نقول : لاشك أن الباري سبحانه تعلقت عنايته بتربية الولد غيرالمميز ، ولهذا أن كلما قربت حاجته الى التربية يزيد الله في محبة الابوين له وبقدرنقصان الحاجة اليهما ينقص محبتهما له. ولاريب أن محبة الام للطفل أكمل وأزيد من محبة الاب، وليس ثم حكمة لتلك الزيادة الاللتربية ، فتكون تلك الزيادة المرجحة لحضانة الام . وحينئذ يكون قول الشيخ[4] في المبسوط والخلاف قريباً الى الصواب بل هوأولى بالصواب .

---

١) المقنعة : ٨٣ .

٢) المبسوط ٦/٣٩ ، الخلاف ٣/٨٢ .

٣) القواعد ، الفصل الرابع فى الحضانة من المقصد الرابع فى الولادة .

٤) راجع التعليقة السالفة آنفاً .

ان قلت : روى داود بـن الحصين عن الصادق عليه السلام أنه قال : الولد في الرضاع هو بين الابوين بالسوية ، فاذا فطم فالاب أحق به من الام[1] ، فاذا مات الاب فالام أحق به من العصبة . وهي صريحة بأن الاب أحق بـه من الام بعد الفطام .

قلت : ليس فيها أن الاب أحق بالحضانة ، وحينئذ يحتمل أن يكون الاب أحق بالولاية والانفاق والتأديب والتعليم لا الحضانة .

قوله : ولوتزوجت الام سقطت حضانتها

هذا مما لاخـلاف فيه ، واستدل الشيخ عليه برواية حفص بن غياث عـن الصادق عليه السلام، وكذا رواه عن المنقري عمن ذكره، ورواه أيضاً ابوهريرة عنه عليه السلام : الام أحق بحضانة ابنها مالم تتزوج[2] .

وكذا رواه عبدالله بـن عمر ان امرأة قالت : يارسول الله ان ابنى هذا كان له بطني وعاء وثديي لـه سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها النبى صلى الله عليه وآله وسلم : انت أحقي به مالم تنكحي[3] .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الأولى) اذا تزوجت وطلقها زوجها الثاني بائناً هل تعود حضانتها أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف نعم[4] وقال ابن ادريس[5] لا لخروج الحق عنها

١) الكافى ٤٥/٦ ، الفقيه ٢٧٤/٣ ، التهذيب ١٠٤/٨ ، الاستبصار ٣٢٠/٣ .
٢) الكافى ٤٥/٦ ، الفقيه ٢٢٤/٣ ، التهذيب ١٠٥/٨ ، الاستبصار ٣٢٠/٣ .
٣) كنزالعمال ٥٨١/٥ .
٤) المبسوط ٤١/٦ ، الخلاف ٨٣/٣ .
٥) السرائر : ٣١٩ .

ولو مات الاب فالام أحق بـه من الوصي . وكذا لو كان الاب مملوكاً أو كافراً كانت الام الحرة أحق به ولو تزوجت .

فان أعتق الاب فالحضانة له .

(النظر الخامس) فى النفقات :

وأسبابها ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والملك .

بالتزويج فعوده يحتاج الى دليل وليس ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم جعل التزويج غاية استحقاقها في الحضانة ، فلا حضانة بعدغايتها .

والاول أولى، لان المقتضي للحضانة ـ وهي التربية ـ والحاجة الى التربية باق والمانع وهو التزويج يرتفع ، فتكون الحضانـة عائدة بالضرورة . وهو المطلوب فقد وجه الدليل .

(الثانية) كما تزول الحضانة بتزويج الام كذا ترتفع بنقصها، بأن تكون كافرة أوأمة والاب مسلم أوحر، وكذا بالعكس لو كان الاب كافراً أورقاً والام مسلمة أوحرة فهي أولى. ولوحصل الاسلام أوالحرية من كل منهما عادت حضانته .

(الثالثة) اذا انتقلت الحضانة الى الاب اما لتزويج الام أولانقضاء المدة لم يمنع من الاجتماع بأمه ، فالذكر يذهب الى أمه والبنت تأتي أمها اليها من غير اطالة ولاانبساط في بيت مطلقها . وكذا لومرض الولد لم تمنع الام من مراعاته [اعادته ن] وتمريضه ، وان مرضت هي لم يمنع ولدها من التردد اليها ذكراً كان أوانثى . والموت كالمرض بل هو أولى بالحضور فيه .

قوله : ولومات الاب فالام احق به من الوصي ، وكذا لو كان الاب مملوكاً اوكافراً كانت الام الحرة احق به. ولوتزوجت الام فان اعتق الاب فالحضانة له

هنا فوائد :

(الاولى) قد تقدم أن التزويج رافع للحضانة لكن مع وجود الاب ، أما مع موته فهي أولى، لان المقتضى لها ـ وهوالامومية ـ موجود والمانع ـ وهو وجود الاب ـ مرتفع فتكون أولى .

(الثانية) قد بينا أن الام المسلمة الحرة أولى بالولد مع كفر الاب أورقه ، ونقول هنا أيضاً : هى أولى وان تزوجت، لما ذكرنا من الحجة ، ولرواية داود الرقي عن الصادق عليه‌السلام قال : سألته عن امرأة حرة نكحت عبداً فأولدها [ـ الى ان قال ـ] : وقال : انا أحق بهم منك ان تزوجت . فقال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وان تزوجت حتى يعتق هي أحق بولدها منه مادام مملوكاً، فاذا أعتق فهوأحق بهم منها[1] .

(الثالثة) اذا فقدت الام فالحضانة للاب أولمن يختاره. وينبغي له أن يختار من يمت الى الولد من جهة الام من النساء كالاخت والجدة والخالة دون عصباته .

وكذا لوفقد الاب ينبغي للوصي أوالحاكم أن يختار من يمت الى الولد من جهة الام أيضاً من النساء لاالعصبات ، لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكم لخالة بنت حمزة بالحضانة دون علي عليه السلام وجعفر ، وعلل ذلك بأن الخالة ام[2] .

(الرابعة) لووجدت الاخت من الابوين فهي أولى من الاخت لاحدهما ، ولوفقدت ووجدتا فهل الاخت من الاب أولى من الاخت من الام؟ قال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف نعم ، قال : ولوقلنا انهما سواء ويقرع بينهما كان قوياً .

---

١) الوسائل ١٥/١٨١ ، الكافى ٦/٤٥ ، التهذيب ٨/١٠٧ ، الاستبصار ٣/٣٢١.
٢) الوسائل ١٥/١٨٢ .
٣) المبسوط ٦/٤٢ ، الخلاف ٣/٨٤ .

وقال ابـن الجنيد : قرابة الام أولى بالانثى من قرابة الاب ، لقضية بنت حمزة وتوقف فيه العلامة .

وقول ابن الجنيد ليس بعيداً: لان الام أولى من الاب ، فان فقد فمن يمت بالام أولى .

(الخامسة) قال الشيخ في المبسوط[1] : اذا لم تكن أم ولارجال من القرابة فكل امرأة هي أولى بالميراث فهي أولى بالحضانة ، وان تساويا فـي الدرجة ولامزية فهـو بينهما ، كأختين متساويتين أوخالتين أو جدتين فيقرع بينهما . وقال : والعمة والخالة سواء فيقرع بينهما ، وأم الاب أولى من الخالة .

وقال المفيد[2]: اذا مات الاب قامت أمه مقامه في كفالة الولد، فان لم تكن له أم وكان له أب قام مقامه في ذلك ، فان لم يكونا كانت الام التي هـي الجدة أحق به من البعداء .

وقال ابن ادريس[3] : ماذكره الشيخ من تخريجات المخالفين ، ومعظمه قول الشافعي ، وبناؤهم على القول بالعصبة ، وذلك عندنا بـاطل ، ولاحضانة عندنا الا للام نفسها وللاب ، وأما غيرهمـا فليس لاحد عليه ولاية سوى الجد من قبل الاب خاصة .

وماذكره ابن ادريس حق لكن اذاآلت الولاية الى الجد للاب فمع عدمه فالى الوصي ومع عدمه فالى الحاكم ، وحينئذ ينبغي لكل من الاب والجد والوصي والحاكم أن يختار للحضانة من يصلح لها . ويستحب له تقديم قرابة الام، لان في قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم في بنت حمزة ايماء الى ذلك.

ومـع عدمهم يختار من يراها أصلح شفقة وأمانة وديانة ومحبة ، ولااعتبار

---

١) المبسوط ٤٣/٦ .

٢) المقنعة : ٨٣ .

٣) السرائر : ٣١٩ .

أما الزوجية فيشترط فى وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم ، فلا نفقة لمستمتع بها . والتمكين الكامل ، فلا نفقة لناشزة .

ولو امتنعت لعذر شرعى لـم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب .

أما المندوب: فـان مـنعها منه فـاستمرت سقطت نفقتها ، وتستحق الزوجة النفقة .

بمراتب الارث والالكان الاخ أولى من الخالة وليس .

قوله : أما الزوجة فيشترط فى وجوب نفقتها شرطان : العقد الدائم فلا نفقة لمستمتع بها ، والتمكين الكامل فلا نفقة لناشزة . ولوامتنعت لعذر شرعى لم تسقط كالمرض والحيض وفعل الواجب، اما المندوب فان منعها منه واستمرت سقطت نفقتها

هنا فوائد :

(الأولى)ان المراد بالتمكين التام هوطاعتها لزوجها عند طلب مباشرتها قبلا أودبراً أي وقت أراد وأي مكان أراد مما يجوزفيه الاستمتاع شرعاً وعرفاً ، فلو طلبها في حال يضاد فعل الواجب المضيق أوالموسع المأذون في الشرع فيه مما يبطله المباشرة وامتنعت لم تخرج عن التمكين ولم تسقط نفقتها، و كذالوطلب ذلك في ملاء مـن الناس أوحـال يستنكف فيها من ذلك أوهي مريضة مرضـاً تضره المباشرة .

(الثانية) هـل التمكين سبب كالعقد أوشرط والسبب هـو العقد ؟ تردد فيه

المصنف في الشرائع[١] ، والعلامة في القواعد[٢] استشكله، والمنشأفيهما واحد، وهواحتمال النص لكلا الامرين .

وتظهر الفائدة في أمور :

منها : انه اذا اختلفا في النشوز فان قلنا التمكين شرط فعلى الزوج البينة لانه يدعي خلاف الاصل ، وان قلنا انه سبب فعليها البينة لان الاصل عدم التمكين .

ومنها : انه اذا عقد ولم يدخل ومضت مدة على ذلك وهي ساكتة تجب عليه النفقة على تقدير الشرطية لعدم العلم بنشوزها ، وعلى تقدير السببية لاتجب لعدم العلم بالتمكين اوطلبها. الى غيرذلك من الفوائد .

(الثالثة) قال الشيخ[٣] في المبسوط والخلاف وابن الجنيد الصغيرة لانفقة لها سواء كان زوجها صغيراً أو كبيراً. واختاره المصنف في الشرائع[٤] قال: وان أمكن الاستمتاع بها بما دون الوطىء ، لانه استمتاع نادر لايرغب فيه غالباً .

وفيه نظر، لانها اذا كانت في حصن زوجها يستمتع بها بما دون الوطىء فقد مكنت من نفسها، اذ لانعني بالتمكين الاطاعته وقد حصلت ، وامتناع الوطىء عذرشرعي كالمرض. وظاهر عبارته هنا يدل على الوجوب، لانه قال « لوامتنعت لعذرشرعي لم تسقط » ، وهذا عذرشرعي .

وقال العلامة[٥]: لاتجب النفقة ان جعلنا التمكين شرطاً. وهويدل بمفهومه

---

١) الشرائع ٢ / ١٩٠ .

٢) القواعد ، المقصد الخامس من كتاب النكاح .

٣) المبسوط ٦ / ١٢ .

٤) الشرائع ٢ / ١٩٠ .

٥) المختلف ، الجزء الخامس ٢٩ .

ولو كانت ذمية أو أمة . وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن والمتوفى عنها زوجها الا أن تكون حاملا فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع ، وفي الوفاة من نصيب الجمل على احدى الروايتين .

على الوجوب ان جعل سبباً .

وفيه نظر أيضاً، لان الصغران كان عذراً شرعياً فالنفقة لازمة على التقديرين، وان لم يكن عذراً شرعياً لم تكن لازمة على التقديرين .

واختار ابن ادريس[1] وجوب النفقة . وهو قريب مع التمكين من طرفها .

ولو انعكس الفرض - بأن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة - قال الشيخ[2] لا نفقة لها لاصالة البرءاة ، ولان الصبي ليس أهلا للاستمتاع فلا أثر للتمكين في حقه لان التمكين شرطه الامكان .

وقال ابن الجنيد : تجب النفقة ، لان الامكان من طرفها متحقق وانما تعذر من جهته فلم تسقط ، كما لو كان الزوج كبيراً وهو غائب أو مريض أو محرم ، ولان الشرط اما عدم النشوز أو حصول التمكين ، و كلاهما متحقق من جهتها فتجب لها النفقة . وهو الاقوى ، واختاره المصنف في الشرائع[3] بعد استشكاله .

قوله : وكذا تستحقها المطلقة الرجعية دون البائن والمتوفى عنها زوجها ، الاأن تكون حاملا فتثبت نفقتها في الطلاق على الزوج حتى تضع وفي الوفاة في نصيب الحمل على احدى الروايتين

---

١) السرائر: ٣٢٠.

٢) المبسوط ١٢/٦ .

٣) الشرائع ١٩٠/٢ .

لما كان العلة في وجوب النفقة على الزوج هو تسلطه على منافعها في جميع أزمان امكان انتفاعه بها ، فكلما وجدت العلة وجبت النفقة ، كالمعتدة رجعياً فان له الاعتراض عليها بمطالبة نفسها بعد الرجعة في جميع زمان العدة ، وكلما انتفت كما في البائن انتفى الوجوب . وتخرج من ذلك صورتان :

«الاولى» ـ المطلقة بائناً اذا كانت حاملا ، للنص على ذلك، ولدخولها في عموم « وأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »[1] .

« الثاني » ـ الحامل المتوفى عنها زوجها. وفيها روايتان : احداهما لانفقة وهي رواية حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها : انه لانفقة لها[2] . ومثلها رواية ابي الصباح عنه عليه السلام أيضاً[3] .

وأفتى بها المفيد في المقنعة وابن ابي عقيل والشيخ في الخلاف[4] .

وثانيتهما وجوب النفقة من مال الحمل، وهي رواية محمد بن الفضيل عن ابي الصباح عن الصادق عليه السلام قال : المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها[5] .

وأفتى بها الشيخ في النهاية[6] والتقي ومن تابعهما . واختار المصنف والعلامة[7] الاول، وعليه الفتوى لاشتهار الرواية به ولاصالة البراءة من الوجوب.

---

١) سورة الطلاق : ٦ .

٢) الكافي ٦/١١٤ ، التهذيب ٨/١٥١ ، الاستبصار ٣/٣٤٥ .

٣) الكافي ٦/١١٥، التهذيب ٨/١٥٠، الاستبصار ٣/٣٤٤ .

٤) الخلاف ٣/٥٧ .

٥) الكافي ٦/١١٥ ، التهذيب ٨/١٥٢ .

٦) النهاية: ٥٣٧.

٧) القواعد في الرابع من المقصد الخامس من كتاب النكاح ، المختلف ، الجزء الخامس ص ٦٢ .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) هل النفقة في الحامل المطلقة بائناً للحمل أولها ؟ اختار الشيخ في المبسوط[1] الاول للدوران ، فان الوجوب دائر مع الولد وجوداً وعدماً ويقاس ماقبل الولادة على مابعدها، فانه لاخلاف في أن النفقة للولد بعد الولادة وليس لها ، وكذا قبلها لوجود الولد في الحالين ولنص الاصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل . وتبعه القاضي .

وقال آخرون بالثاني ، واختاره ابن زهرة لعدم وجوبها على الجد مع فقر الاب أوموته . وأيضاً لو كانت للحمل لسقطت بيساره اما بالارث أوبالوصية له وقبول الاب ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وتظهر فائدة الخلاف في صور :

«١» لو كان الزوجان مملوكين، فمن قال النفقة للحمل كانت على سيد الولد ومن قال النفقة لها كانت على سيد الزوج أو في كسبه على الخلاف .

« ٢ » لو كان الزوج عبداً وهي حرة ، فان قلنا للحمل فالنفقة على أمه ، والافعلى السيد أوكسبه .

« ٣ » لوأخل بالنفقة فان قلنا للحمل لاتقضى والاقضيت .

(الثانية) لوادعت البائن الحمل قبل منها ، لانه أمر لايعلم الامن جهتها ، سواءكانت ثقة أولا. ولكن لايجب الدفع الايومأفيوماً، فان ظهر صدقها فلاكلام والا استعيدت لظهورعدم استحقاقها .

(الثالثة) الحائل المتوفى عنها زوجها لانفقة لها، قيل السبب انقطاع العصمة بينهما بالموت .

وفيه نظر، اذلو كان كذلك لما جازلها تغسيله اختياراً، ولما كان كفنها عليه لوماتت ، واللازمان باطلان فكذا الملزوم. والاولى أن نقول : لووجبت لكان

---

١) المبسوط ٦/٢٨ .

ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب وتقضى لوفاتت .

وأما القرابة : فالنفقة على الابوين والاولاد لازمة .

وفيمن علا من الاباء والامهات تردد ، أشبهه : اللزوم .

محلها اما ذمة الميت و هو باطل لانه لاذمة له بعد موته ، أو التركة وهو باطل أيضاً لانتقالها الى الوارث فلا وجوب . وأيضاً انها مؤدية لواجب عليها فلا تستحق عوضاً عليه .

قوله : ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الاقارب ، وتقضى لوفاتت

لما كانت نفقة الزوجة أقوى لكونها تجب لها مطلقاً ـ أى غنية كانت أو فقيرة ولكونها جزء مال المعاوضة اذ النكاح عقد معاوضة ـ اختصت بهاتين الخاصتين: «الاولى» كونها مقدمة على نفقة القريب كما يقدم الدين على الصدقة، « الثانية » كونها تقضى كما تقضى الحقوق الواجبة مطلقاً. بخلاف نفقة القريب، فانها لسد الخلة[1] فلا تقضى بعد وقتها ، لزوال ماعلقت عليه .

نعم لو أمر المنفق أوالحاكم القريب بالاستدانة لسد خلته وجب القضاء وكانت مزاحمة لنفقة الزوجة، بل للديون في توزيع مال المفلس وتركة الميت .

قوله : وفيمن علا من الاباء والامهات تردد أشبهه اللزوم

اتفق الأصحاب على وجوب الانفاق على الأباء والاولاد، لتواتر الاحاديث ودلالة الكتاب على ذلك .

وهل ذلك مختص بالقريب من الصنفين أم لا ؟ تردد المصنف والعلامة[2]

---

١) الخلة بفتح الخاء : الفقروالحاجة ، والخليل : الفقير .

٢) القواعد، الفصل الثانى من المقصد الخامس فى النفقات من كتاب النكاح .

ولا تجب على غيرهم من الاقارب ، بل تستحب وتتأكد في الوارث .

ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب .

فيه ، والمنشأ من أنه تعالى سمى الأجداد آباء في قوله « ملة أبيكم ابراهيم »[1] وقوله « واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق ويعقوب »[2] وابناء الابناء ابناء في قوله « يابني آدم » « يابني اسرائيل »، والاصل في الاطلاق الحقيقة. ومن امكان ارادة المجاز في الاطلاق ، لصدق النفي الذي هو من دلائل المجاز . ويعضد الثاني اصالة البراءة .

والاولى الاحتياط وحصول الحاجة المقتضية للوجوب مع صدق المعنى الذي لاجله وجب الانفاق ، وهو كون الاب أصلا والولد فرعاً ، ولذلك اختار المصنف اللزوم .

قوله: ولاتجب على غيرهم من الاقارب بل تستحب وتتأكد في الوارث

الاقوال في وجوب الانفاق على القريب ثلاثة لاغير : «الاول» قول اكثر الامامية والشافعية أنها على العمودين لاغير كما تقدم ، « الثاني » قول الشيخ وابن حنبل وهو كل وارث، « الثالث » قول ابى حنيفة كل ذي رحم ولم يقل به أحد منا.

والحق الاول ، لاصالة البراءة ، وحمل ماورد على شدة الاستحباب ، لما جاء من الحث على صلة الارحام .

قوله : ويشترط في الوجوب الفقر والعجز عن الاكتساب

١) سورة الحج : ٧٨ .

٢) سورة يوسف: ٣٨.

قبل كان ينبغي أن يقول أيضاً « وقدرة المنفق على الانفاق » ، وذلك لانه مع تساوي المنفق والمنفق عليه في العجز لو كلف أحدهما بالانفاق على الاخر لزم الترجيح بلامرجح أو تكليف مالايطاق ، وكلاهما محال .

قلت : ذلك غير وارد، لان الكلام يدل على اعتبار قدرة المنفق، فان وصف أحد المضايفين بصفة يستلزم اعتبار صدقها في المضايف الآخر والا لما حسن ذكرها .

اذا تقرر هذا فهنا مسائل :

(الاولى) جعل العلامة في القواعد[1] العجز عن الاكتساب أقرب الاحتمالين، لان القدرة على الاكتساب كالغنى ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاصدقة لغني ولالذي مرة سوي[2]. ويحتمل الوجوب مع عدم المال وان قدر لصدق اسم الفقر عليه ، والاول أولى .

(الثانية) المراد بالاكتساب المانع من الوجوب هو مايليق به فلاتجب على ذي المروة والعالم التعرض للكنس والايقاد[3] .

(الثالثة) لايشترط زائد على ماتقدم كنقص الخلقة بأن يكون أعمى أومقعداً أوأشل ، أونقص الحكم بأن يكون صغيراً أومجنوناً أوكافراً ، بل يجب الانفاق على البصير وصحيح الاعضاء مع عجزه عن التكسب، وكذا يجب على الكبير والعاقل والمسلم .

---

١) القواعد ، الفصل الثانى فى نفقة الاقارب من المقصد الخامس فى النفقات .

٢) الكافى ٥٦٣/٣ ، وفيه : ان الصدقة لاتحل لغنى ولالذى مرة سوى . فقال ابوعبدالله عليه السلام : لاتصلح لغنى . أقول : المرة : القوة والسوى : من اعتدل خلقته ، والصحيح الاعضاء .

٣) فى الهامش : الختان .

ولا تقدير للنفقة بل يجب بذل الكفاية مـن الطعام والكسوة والمسكن .

(الرابعة) لايشترط في المنفق زيادة على القدرة من تكليف أو اسلام ، بل يجب في مال الصغيروالمجنون وعلى الكافر نفقة القريب وان كان كبيراً أوعاقلا أومسلماً .

(الخامسة) لا كلام في وجـوب التكسب لنفقة نفسه وزوجته ، وهل يجب لنفقة القريب لوعدم المال بالفعل أم لا ؟ اشكال مبني على أنه واجب مشروط أو مطلق. يحتمل الاول، لقوله «وذوسعة من سعته». ولاصالة عدم الوجوب. ويحتمل الثاني لقوله : « وعلى المولود له رزقهن »[1] وقوله « لاتقتلوا أولادكم خشية املاق »[2] . فعلى الاول لايجب وعلى الثاني يجب .

ثم المراد من الاكتساب هنا هو اللائق أيضاً كما تقدم .

قوله : ولا تقدير للنفقة بل يجب بـذل الكفاية من الطعام والكسوة والمسكن

ظاهر كلامه أن هذه الثلاثة فـي نفقة القريب ، لانه ذكرها في سياق نفقة الاقارب . ويحتمل عوده الى الكل ، لذكره بعده . وهوأولى .

فلنذكر شرح ماقاله ثم نتبعه بفوائد يتم بها الكلام :

(الاول) الطعام ، وقدره الشيخ في الخلاف[3] بمد ، وقال في المبسوط[4]

---

١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

٢) سورة الاسراء : ٣١ .

٣) الخلاف ٧٤/٣ .

٤) المبسوط ٦/٦ .

ونفقة الولد على الاب ، ومع عدمه أو فقره فعلى أب الاب و ان علا مرتباً ، ومع عدمهم تجب على الام وآبائها الاقرب فالاقرب .

ان نفقة الزوجة مقدرة بحسب حال الزوج ، فعلى الموسر مدان والمتوسط مد ونصف والمعسرمد ، فيكون كذلك عنده في نفقة القريب . واختاره القاضي .

والحق ماقاله المصنف، وهو مذهب ابن ادريس[1] ان الواجب سد الخلة زاد عن ماقاله الشيخ أو نقص ، لان دليل الوجوب لاتقتضي زيادة على ذلك والنقص عنه مناف لحكمة الله تعالى فيتعين ماذكرناه .

ويرجع في جنسه الى غالب قوت ذلك البلد ، ولايتعين الخبز أو الدقيق أوالحب ، بل اما الخبزأوالاخيرين مع مؤنة الاصلاح.

ويجب ضم الادم في الزوجة بحسب العادة أيضاً، وعليه اللحم في الاسبوع مرة ، ولواعتادت دوامه وجب .

وهل يجب الادم في نفقة القريب؟ لم ينص عليه أحد من الاصحاب، والظاهر استحبابه لاندفاع الخلة بالقوت .

وكذا لم يذكر الاصحاب الماء في القسمين ، والاولى اعتباره في موضع لايوجد فيه مباحاً ، وحينئذ يعتبراما عيناً أوقيمة .

(الثاني) الكسوة، وهي بحسب الزمان ، ففي الصيف القميص والسراويل والمقنعة والنعل، ويزيد في الشتاء الجبة لليقظة والمحاف للنوم، ويجب الفراش

---

١) السرائر ٣٢٠ ، قال فيه: نفقات الزوجات عندنا غيرمقدرة بلا خلاف الامن شيخنا ابى جعفر فى مسائل خلافه فانه ذهب الى انها مقدرة ومبلغها مد وقدره رطلان وربع ، ثم استدل باجماع الفرقة واخبارهم وهذا عجيب منه ـ الى آخر قوله .

ولا تقضى نفقة الأقارب لوفاتت.

وأما المملوك فنفقته واجبة على مولاه، وكذا الامة.

ويرجع فى قدر النفقة الى عادة مماليك أمثال المولى.

أيضاً بحسب الوقتين من بارية وحصير للصيف أوزلية للشتاء[1].

ويرجع في جنس الكسوة بالنسبة الى الزوجة الى عادة أمثالها، فالمعسر عنه يبقى ديناً عليه، وفي القريب الى عادة المنفق وحاله.

(الثالث) المسكن، ولابد من كونه كافياً في دفع ضرورة الحر والبرد والارتفاق. نعم يرجع في هيئته في الزوجة الى عادة أمثالها، وفي القريب الى أمثال المنفق.

ومن توابع المسكن آلة الاستقاء كالرشاء والدلوان لم يكن الماء جارياً فيه، وآلة الاستعمال كالجرة والكوز والقدروالمغرفة[2] والغضارة سواء كان القريب والزوجة.

اذا عرفت هذا فهنا فوائد:

(الاولى) تزيد في نفقة الزوجة أمور:

«١» ـ ثياب التجميل ان كانت من أهله، ويرجع فيها الى عادة أمثالها.

«٢» ـ الأخدام ان كانت من أهله، اما بنفسه أوبخادم يشتريه أويستأجره

---

١) الزلية بالكسر كجنية واحد الزلالى معرب زيلو.

٢) المغرفة بكسرالميم: ما يغرف به للطعام والجمع المغارف. والغضارة: القصعة والصحفة المتخذة من الطين الحر. وقال ابن سيده وغيره: الغضارة: الطين الحروقيل: الطين اللازب الأخضر، والغضار: الصفحة المتخذة منه.

ويجوز مخارجة المملوك على شيء ، فمافضل يكون له ، فان كفاه والاأتمه المولى .

وتجب النفقة على البهائم المملوكـة ، فان امتنع مالكها أجبر على بيعها أوذبحها ان كانت مقصودة بالذبح.

أو يستعيره ، ولايجب اكثر من الواحد ومؤنته عليه ، وان لـم تكن مـن أهله خدمت نفسها الاحال المرض والعجز ، اما القريب فلايجب اخدامه الأحالة العجز والمرض .

« ٣ »-آلة التنضيف والزينة كالمشط والمدهن وآلة الطيب والكحل وازالة الصنان [1]. قال العلامة [2]: ولايجب الكحل والطيب ولاالدواء للمرض ولاأجرة الحجامة ولاأجرة الحمام الامع شدة البرد .

(الثانية) يجب في المطعوم التمليك ، ويكفي في المسكن الامتاع بغير خلاف فيهما . أمـا الكسوة فهل يجب فيها التمليك أو يكفي الامتاع ؟ يحتمل الاول ، لعطفها على الرزق في قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن »[3] ، فيكون حكمه حكم قضية العطف . واختاره العلامة في القواعد[4] .

ويحتمل الثاني ، لحصول الغاية ، وهي السترب الامتاع كالسكنى ، ولاصالة براءة الذمة من وجوب التمليك . واختاره في الارشاد . وهوالاولى .

وتظهر فائدة الخلاف أنه لوطلقها آخر المدة المضروبة لها والكسوة باقية

---

١) الصنان : الزفر تحت الابط وغيره اى دائحة تحت الابط وغيره .

٢) القواعد ، المطلب الثانى فىقدر النفقة من المقصد الخامس فى النفقات .

٣) سورة البقرة: ٢٣٣.

٤) القواعد ، المطلب الثالث فى كيفية الانفاق من المقصد الخامس فى النفقات من كتاب النكاح .

فهي لها على الاول وله على الثاني ، وكذا لو مات ، وكذا لو ضرب للكسوة مدة فانقضت وهي ممكنة والكسوة باقية فهي لها على التمليك وله على الامتاع. الى غير ذلك من الفوائد .

(الثالثة) لو كانت من أهل البادية كفت الخيمة أوبيت الشعر ، ولو جرت عادتهم بالنقلة وجب الحمولة من ابل أوبقر أوحمر أوآلة الانتقال من راوية أوقربة وعدل أوعلبة[1] .

---

١) العلبة : محلب من جلد ، والجمع علب وعلاب .

كتاب الطلاق

والنظر في أركانه أقسامه ولواحقه :

(الركن الاول) في المطلق: ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد .

يقال : طلق[1] الرجل امرأته تطليقاً ، وطلقت هي بفتح اللام تطلق طلاقاً ، فهي طالق وطالقة . وقال الاخفش : لايقال طلقت بضم اللام .

ولفظ الطلاق اسم للتطليق أوالاطلاق بمعنى ازالة القيد ، ثم خص شرعاً بازالة قيد النكاح أونقل الى ذلك .

والاول أولى ، لما تقرر في الاصول .

ثم اعلم أنه مع حصول شرائطه في الاصل الشرعي مباح ، بمعنى رفع

---

١) طلق الرجل امرأته تطليقاً فهومطلق ، فان كثرتطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلاق . فهى طالق. ولا تدخله الهاء ، لانه اذاكان النعت منفرداً به الانثى دون الذكر لم تدخله الهاء نحوطالق وطامث وحائض، لانه لايحتاج الىفارق لاختصاص الانثى به. قاله ابن الانبارى. وقال الجوهرى يقال طالق وطالقة .

فلا اعتبار بطلاق الصبى . وفيمن بلغ عشراً رواية بالجواز فيها ضعف .

ولو طلق عنه الولى لم يقع الا أن يبلغ فاسد العقل .

الحرج من فعله ، لكنه مكروه لمنافاته النكاح المستحب ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق[1]. خصوصاً مع كون الاخلاق ملتئمة بين الزوجين .

وقد يخرج الى الاستحباب، كما اذا لم تكن الاخلاق ملتئمة ولم يقم كل منهما بحق صاحبه ولم ينجع العذل[2] والتوبيخ .

وقد تكون واجباً لكن لاعلى التعيين ، كطلاق المولى من زوجته ، فانه بعد انقضاء المدة يلزم بالفيئة أوالطلاق .

قوله : فلااعتبار بطلاق الصبى، وفى من بلغ عشراً رواية بالجواز فيها ضعف

أطلق سلار والتقي وابن ادريس[3] المنع من طلاق الصبى، واختاره المصنف والعلامة[4] : فللحجر عليه في تصرفاته، وأما ثانياً فلقوله صلى الله عليه وآله سلم: رفع القلم عن ثلاثة الصبى حتى يحتلم[5] الحديث. وأما ثالثاً فلرواية ابى الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال : ليس طلاق الصبى بشىء[6] .

---

١) سنن ابن ماجة ١/٦٥٠ .

٢) العذل : اللوم ، يقال : عذلته عذلا من بابى ضرب وقتل : لمته فاعتذل اى لام نفسه ورجع .

٣) السرائر : ٣٢٢ .

٤) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٨ .

٥) الخصال ٢/١٨٤ ، البحار ٥/٣٠٣ .

٦) الكافى ٦/١٢٤ ، الاستبصار ٣/٣٠٣ ، التهذيب ٨/٧٦ .

ولايصح طلاق المجنون ، ولاالسكران ، ولاالمكره ، ولا المغضب ، مع ارتفاع القصد .

(الركن الثاني) في المطلقة : ويشترط فيها الزوجية والدوام والطهارة من الحيض والنفاس ، اذا كانت مدخولا بها ، وزوجها حاضراً معها .

وقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد وابن بابويه يصح طلاقها اذا بلغ العشر، ومستندهم الرواية المشاراليها ، وهي مارواه ابن فضال عن ابن بكيرعن الصادق عليه السلام: قال: يجوز طلاق الصبى اذا بلغ عشر سنين[2]. وضعفها بضعف ابن فضال وابن بكير فانهما واقفيان ، مع أنها معارضة بما تقدم من الادلة ، وبأن الطلاق يحتاط فيه اكثرمن غيره لاجل النسل والنسب ، فلاتكفي في صحته رواية واحدة ضعيفة .

قوله: ولايصح طلاق المجنون ولاالسكران ولاالمكره ولاالمغضب مع ارتفاع القصد

تنقيح هذا الكلام بمباحث :

(الاول) لاخلاف فيعدم الاعتباربطلاق المجنون، وهل لوليه أن يطلق عنه مع الغبطة أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[3] وابن الجنيد وعلي بن بابويه بالاول،

---

١) النهاية: ٥١٨ .

٢) التهذيب ٧٥/٨ نقله عن الكافي ولم نعثرعليه فيه ، قيل لعله سقط عنه. وهوالعالم بحقائق الاحوال .

٣) النهاية : ٥٠٩ .

وقال في الخلاف[1] وابن ادريس[2] بالثاني ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الطلاق بيد من أخذ بالساق[3] .

والفتوى على الاول، لاستلزامه دفع الضررعن الزوجين فيكون جائزاً: أما الاول فلرفعه عن الزوج ضرر الانفاق وعن الزوجة ضرر النكد[4] بالصبر على سوء العشرة ، وأما الثاني فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولاضرار في الاسلام[5] ولان جوازذلك جمع بين رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[6] الدالة على عدم صحة طلاق المجنون، ورواية ابى بصيرعنه عليه السلام[7] أيضاً الدالة على جوازه ، فان الاولى تحمل على توليه بنفسه والثانية على أن يتولاه وليّه .

ويؤيد ذلك مارواه ابوخالد القماط حسناً عن الصادق عليه السلام في الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عنه . قال : ولم لايطلق هو . قلت : لايؤمن ان هو طلق أن يقول غداً لم أطلق أولا يحسن أن يطلق . قال : ماأرى وليه الا بمنزلة السلطان[8] . وروى ابن بابويه : الا بمنزلة الامام[9] .

---

١) الخلاف ٤٣٧/٢ ، قال فيه : ليس للولى ان يطلق عمن له عليه ولاية لابعوض ولا بغيرعوض .

٢) السرائر : ٣٢٤ .

٣) المستدرك ، مقدمات الطلاق، الباب ٢٥ الخبر ٣ .

٤) النكد : العسر ، يقال نكدنكداً من باب تعب اى تعسر ، ونكد العيش نكداً اى اشتد .

٥) الكافى ٢٩٢/٥ ، ٢٨٠ .

٦) الوسائل ٣٢٨/١٥ .

٧) الوسائل ٣٢٨/١٥ .

٨) الكافى ١٢٥/٦ .

٩) الفقيه ٣٠٢/٣ ، وفيه : الا بمنزلة السلطان .

وأما حجة ابن ادريس فغيرمانعة من ذلك، لان المراد باليد القدرة والا لم يجز طلاق الوكيل ، واذا جازمن الوكيل فليجزمن الولي ، لان الشارع نصبه ليقوم بمصالحه .

(الثاني) انما يجوزطلاق الولي عنه مع ظهور الغبطة له في ذلك، وكون الجنون مطبقاً لايعلم زواله ، أما مع عدم الغبطة ـ كما لوانتفع ببقاء الزوجية ـ فلا ، وكذا لو كان أدواراً فان افاقته متوقعة ، فهو كالصبي المعلوم زوال عذره فلا يجوز الطلاق عنه .

(الثالث) لوأفاق ذو الادواروامتنع من الطلاق مع أن غبطته فيه هل يجوز طلاق وليه عنه حال جنونه مع بقاء الغبطة أم لا ؟ استشكله العلامة في القواعد[1] من كونه مجنوناً طلق عنه وليه لمصلحته فيصح ومن التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه متوقع الازالة فهو كالصبى لايجوزالطلاق عنه . وهوالاولى .

(الرابع) السكرالذي لايزول معه القصد لايمنع من مباشرة الطلاق ، وأما مايزول معه القصد ولايميز صاحبه بين الحسن والقبيح فهو كالجنون لايصح معه المباشرة للطلاق، لكن لايجوزلوليه الايقاع عنه لعود عقله اليه سريعاً فهو كذوي الادوار .

(الخامس) المكره لايقع طلاقه عندنا لعدم قصده ، ولرواية ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[2] . وليس مراده صلى الله عليه وآله وسلم ارتفاع هذه الاشياء ، فان الضرورة قاضية بخلافه فيكون مراده ارتفاع الحكم وهوالمطلوب .

وتؤيده رواية عائشة عنه صلى الله عليه وآله وسلم : لاطلاق ولاعتاق في أغلاق[3] . قال ابوعبيد : الاغلاق الاكراه ، وهو مذهب علي عليه السلام وابن

---

١) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الفراق .

٢) الخصال ٢/١٨٤ ، البحار ٥/٣٠٣ .

٣) سنن ابن ماجة ١/٦٦٠ . فسر بعضهم الاغلاق بالغضب ، يقال غلق : اذا غضب

ولو كان غائباً صح وفى قدر الغيبة اضطراب ، محصله :انتقالها من طهر الى آخر .

ولو خرج فى طهر لم يقربها فيه صح طلاقها من غير تربص ولواتفق فى الحيض.

عمر وابن عباس. وحكم المغضب حكم المكره مع ارتفاع قصده لاشتراكهما في العلة .

قوله : ولو كان غائباً صح ، وفى قدر الغيبة اضطراب محصله انتقالها من طهر الى آخر

هنا فوائد :

(الاولى) أجمع الكل على تحريم الطلاق في الحيض ، لكن عند أصحابنا كما يحرم لايقع لاجماع الطائفة وتظافر أخبارهم ، ولقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن »[1]. قال علماء التفسير: المراد الطلاق في الطهر الذي لاجماع فيه. وقد حققت ذلك في الكنز[2] وذكرت حجة الجمهور على وقوعه والجواب عنها .

ويؤيده أيضاً ماروي من طرقهم عن ابن عمر أنه قال : طلقت امرأتي ثلاثاً وهي حائض ، فسألت النبى صلى الله عليه وآله وسلم : فردها علي ولم يرها شيئاً[3] .

غضباً شديداً ، لكن اهل الغريب فسروه غالباً بالاكراه وقالوا :كأن المكره أغلق عليه الباب حتى يفعل .

١) سورة الطلاق : ١ .

٢) كنزالعرفان ٢ / ٢٥٠ .

٣) سنن ابن ماجة ١ /٦٥١ ، ٦٥٢ مع اختلاف فى اللفظ .

(الثانية) شرط أصحابنا في التحريم وعدم الوقوع كونها مدخولا بها وزوجها حاضراً ، فلو كانت غير مدخول بها أو كان زوجها غائباً صح طلاقها وان صادف ذلك حيضها .

(الثالثة) اختلفت الروايات في قدر الغيبة التي يسوغ معها الطلاق ، فروى جميل بن دراج صحيحاً عن الصادق عليه السلام : الرجل اذا خرج عن منزله الى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر[1] .

وروى محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب. قال: يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امرأته من يوم طلقها[2] .

وروى اسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال : خمس يطلقهن الرجل على كل حال : الحامل ، والتي لم يدخل بها ، والغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي قد يئست من المحيض[3] .

وروى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال : الغائب اذا أراد أن يطلقها تركها شهراً[4] .

وروى اسحاق بن عمار أيضاً قال : قلت لابى ابراهيم عليه السلام : الغائب الذي يطلق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر أو ستة أشهر. قلت : حد فيه دون ذلك . قال : ثلاثة أشهر[5] .

---

١) التهذيب ٦٢/٨ ، الاستبصار ٢٩٥/٣ .

٢) التهذيب ٦٠/٨ ، الكافى ٨٠/٦ ، الاستبصار ٢٩٤/٣ .

٣) الكافى ٧٩/٦، التهذيب ٦١/٨، الفقيه ٣٣٤/٣ ، الاستبصار ٢٩٤/٣ .

٤) الكافى ٨٠/٦ ، التهذيب ٦٢/٨ ، الفقيه ٣٢٥/٣ ، الاستبصار ٢٩٥/٣ .

٥) الفقيه ٣٢٥/٣ ، التهذيب ٦٢/٨ ، وفى الاخير ليس « فيه » .

(الرابعة) لما اختلفت الروايات كما حكيناه اختلفت الفقهاء على أقوال :

الاول : قول الشيخ في النهاية أنه يتربص شهراً فصاعداً ، وهو اختيار ابن حمزة .

الثاني : قوله أيضاً في النهاية[1] اذا غاب عنها في طهرقد قربها فيه بجماع لا يطلقها حتى يمضي مابين شهر الى ثلاثة أشهر ثم يطلقها بعد ذلك أي وقت شاء . واختاره القاضي .

الثالث: أطلق المفيد[2] وسلاروابن ابىعقيل وعلي بن بابويه والتقي جواز الطلاق ولم يقدروا له تقديراً .

الرابع : قول ابن الجنيد الغائب لايطلق حتى يعلم ان المرأة برأت من الحمل أوهي حامل ، فاذا علم ذلك فأوقع الطلاق على شرائطه وقع. ثم قال : وينتظر الغائب بزوجته من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر اذا كانت ممن تحمل، وان كانت آيسة أولم تبلغ الى حال الحمل طلقها اذا شاء .

الخامس : قول الصدوق في الفقيه[3] اذا أراد الغائب أن يطلق زوجته فكل غيبته التى اذا غابها كان له أن يطلق متى شاء اقصاه خمسة أشهر أوستة أشهر وأوسطه ثلاثة أشهروأدناه شهر . وقول ابن ادريس أنه متى ظن الغائب انتقال زوجته من طهرجامعها فيه الى طهر آخر جازطلاقها حينئذ . وحمل اختلاف هذه الروايات على اختلاف عادات النساء في الحيض ، فان الازواج لايخفى عليهم عادات نسائهم في الحيض .

---

١) النهاية : ٥١٧ .

٢) المقنعة : ٨٢ .

٣) الفقيه ٣٢٥/٣. نسخ التنقيح فى اللفظ الذى وقع بعد زوجته وقبل غيبته مختلفة جداً : ففى بعضها « فكل »كما اثبتناه ، وفى اخرى « وكل » ، وفى بعضها الآخر «رداء» . وفى الفقيه « فحد » .

(الخامسة) اختار المصنف مذهب ابن ادريس، وعنى بالاضطراب الاختلاف المذكور في الروايات والاقوال. وربما عنى المصنف بالاضطراب مخالفة بعض الاقوال لبعض الروايات .

واختار العلامة في المختلف[1] قول ابن الجنيد وقال: نعم ماقال ابن الجنيد واحتج برواية جميل المذكورة المتضمنة لثلاثة أشهر ، وقال : هذا قدر اعتبره الشارع في عدة غير الحائض اذا كان مثلها تحيض ليعلم بذلك فراغ رحمها فكذا هنا .

وفيه نظر ، لانه كان ينبغي له أن يبين وجه الملازمة ولم يبينه ، مع أن فى كلام ابن الجنيد نظراً ، لانه ان قال بعدم جواز طلاق الحامل للسنة ويجوز للعدة لزمه أن لايصح طلاق الغائب للحامل مطلقاً لا للسنة لما قال ولا للعدة لعدم تمكنه من الوطىء، وكلامه يدل على خلاف ذلك. وان قال بجوازه فلايتوقف طلاقه على العلم بحملها أو عدم حملها ، مع أن الكلام في غائب لايصل اليه خبر زوجته فكيف يعلم أنها حامل أو غير حامل .

وان أراد بتربصه ثلاثة اشهر للاستظهار ، لاحتمال أن يكون قد علقت والتربص ليستبين حملها ويحصل العلم بانقطاع حيضها . فذلك لايتوقف على العلم بحملها وان كان يذهب الى امتناع طلاق الغائب للحامل ، لعدم الوقوف بالطهر ، فهو مخالف للمذهب ، وعبارته تدل على خلاف ذلك .

وفي الجملة كلامه لاوجه له فضلا عن أن يستحق الثناء عليه، فالاولى حينئذ أن نقول : لما جاءت الروايات مختلفة مع كون اكثرها صحيحاً ينبغي الجمع بينها على وجه غير مناف للمذهب ولا متناقض ، فنقول :

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٦ .

والمحبوس عن زوجته كالغائب .

ويشترط رابع ، وهوأن يطلق فى طهر لم يجامعها فيه .

ويسقط اعتباره فى الصغيرة واليائسة والحامل .

الغائب انغاب في طهرلم يواقعها فيه طلقها أي وقت شاء لاصالة عدم التقدير. وعليه تحمل رواية التقدير[١]، وان غاب في طهر واقعها فيه يستحب له التربص زماناً يظن فيه استبانة الحمل ان لوعلقت، طلباً ليقين ارتفاع حيضها. وعليه تحمل رواية جميل واسحاق بن عمار ، ولذلك خير الامام عليه السلام.

ولوطلق قبل ذلك بعد تربصه زماناً يظن فيه انتقالها الى طهر آخر كان جائزاً لكنه مكروه ، وان غاب في زمان حيضها يتربص زماناً يظن فيه انتقالها الى الطهر ثم يطلق .

قوله : والمحبوس عن زوجته كالغائب

هذا قول الشيخ في النهاية[٢]، وتبعه ابن حمزة والقاضي ، والمستند رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام[٣].

ومنعه ابن ادريس[٤]، اذ الاصل بقاء الزوجية ، ولا دليل على وقوع هذا الطلاق اذا اتفق في زمان الحيض وهي مدخول بها. وحمله على الغائب قياس .

---

١) قوله : « وعليه تحمل رواية التقدير » فى هامش النسخة الاولى : صوابه عدم التقدير ، أى تحمل عليه رواية عدم التقدير .

٢) لم اعثر عليه فيه بخصوصه الاانه قال فـى ص ٥١٨ : ومتى كان للرجل زوجة معه فى البلد غيرانه لايصل اليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته. فاذا اراد طلاقها فليصبر الى ان يمضي ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها ان شاء .

٣) الكافى ٦/ ٨٤ ، الفقيه ٣/ ٣٣٣ ، التهذيب ٨/ ٦٩ . وعنوان الحديث الشريف الذى لايصل اليها ، وهواعم من المحبوس .

٤) السرائر: ٣٢٧.

أما المسترابة ٠ فان تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة أشهر ولا يقع طلاقها قبله .

واختار العلامة[1] الاول ، مستدلا بوجود المقتضي لوقوع الطلاق وهو الصيغة الصادرة من أهلها وانتفاء المعارض ، اذ هو ليس الا الوقوع في الحيض، وهو غير معلوم بل مظنون العدم ، اذ التقدير ذلك .

وفيه نظر، لانا نمنع وجود المقتضي، فان وجود الصيغة من أهلها غير كاف بل لابد من وقوعها في محلها، وهي المرأة الخالية من الحيض اذا كانت مدخولا بها ، وذلك غير حاصل ، اذ الغرض أن الخلو من الحيض غير معلوم بل غايته أنه مظنون ، والظن غير كاف الا في الغائب للاجماع عليه ، فحمله عليه قياس . والرواية يمكن حملها على العلم بمصادفة الطلاق الطهر، وأما مع عدم العلم بالمصادفة فلا يتهجم على اباحة الفروج بخبر الواحد المحتمل للصدق متناً ودلالة، فالاحوط اذاً ماقاله ابن ادريس .

قوله : واما المسترابة فان تأخرت الحيضة صبرت ثلاثة اشهر ولا يقع طلاقها قبله

هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمسترابة[2] من هي في سن من تحيض لكن لاترى حيضاً، وذلك اما الرضاع أوحمل غالباً أو مرض حابس للدم أوغير ذلك .

(الثانية) هذه وان لم تر الدم لكنه غير ممتنع في حقها فجاز أن تراه ،

---

١) القواعد، القسم الثاني الشرائط الخاصة من الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب الفراق .

٢) المسترابة هي التي لاتحيض وهي في سن من تحيض ، سميت بذلك لحصول الريب والشك بالنسبة اليها باعتبار توهم الحمل أوغيره .

وفي اشتراط تعين المطلقة تردد .

وحينئذ نقول: ان اتفق لها الدم قبل مضي ثلاثة أشهر لم يحتج الى مضيها ، بل مع طهرها من ذلك يصح طلاقها ، وهذا هو المراد من قول المصنف « فان تأخرت الحيضة » أي لم ترها في مدة الثلاثة الاشهر.

قوله « ولا يقع طلاقها قبله » أى قبل مضي ثلاثة أشهر على تقدير تأخر الحيضة .

(الثالثة) الحكمة في وجوب التربص ثلاثة اذا لم تر الحيض أنه يجب وقوع الطلاق في طهر لم يقع فيه المواقعة حذراً من اختلاط المياه ، ولما لم يكن للمسترابة حيض يعلم به فراغ رحمها من الماء وجب أن يتربص بها تلك المدة، لانه اذا مضت تلك المدة ولم يستبن حملها علم بذلك فراغ رحمها فيصح طلاقها ، وكذا لو استبان حملها يصح طلاقها لحصول الغرض بالحمل .

(الرابعة) يجب كون تلك المدة خالية من جماعه ويكون أولها بعد جماع سبق منه .

قوله : وفي اشتراط تعيين [تعين ن] المطلقة تردد

ينشأ من أصالة عدم الاشتراط ، وتستخرج المطلقة بالقرعة ، كما لو أعتق عبداً من عبيده غير معين . ولان احداهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها . وهذا قول الشيخ في المبسوط[1]، وتبعه القاضي والعلامة في القواعد[2].

ومن أصالة بقاء عصمة العقد ، ولا دليل على وقوعه من غير تعيين ، ولان الطلاق أمر معين فلا بدله من محل معين لاستحالة حلول المعين في المبهم . ولان توابع الطلاق من العدة وغيرها لابد لها من محل معين . وهو القول

١) المبسوط ٧٨/٥ .

٢) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب الفراق.

الاخر للشيخ والمفيد والمرتضى وابن ادريس والعلامة في المختلف[1] . وعليه الفتوى .

ثم اختلف القائلون بالصحة في أن الصيغة المبهمة هل هي سبب مؤثر في البينونة في الحال أم له صلاحية التأثير عند التعيين ؟ ويتفرع على ذلك أنه على الاول يحرم الكل من الزوجات حتى يعين واحدة ، وعلى الثاني الكل زوجات يباح نكاحهن الى أن يعين فالتحريم بعد التعيين .

ويتفرع أيضاً أنه على الاول تكون العدة من حين الطلاق لا من حين التعيين ، وعلى الثاني يكون المبدأ من حين البيان .

واعلم أن هنا فروعاً كثيرة على اشتراط التعيين وعدمه هي بالمطولات أنسب .

قوله: الركن الثالث فى الصيغة[2]) ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق

هنا فوائد :

(الاولى) عبر سبحانه العزيز في كتابه عن ازالة قيد النكاح بألفاظ ثلاثة : الطلاق في قوله « الطلاق مرتان »[3] ، والسراح في قوله « وسرحوهن سراحاً

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٤١ .

٢) الصيغة اصلها بالواومثل القيمة، وصيغة الله خلقته، والصيغة العمل والتقدير، وهذا صوغ هذا اذاكان على قدره، وصيغة القول كذااى مثاله وصورته على التشبيه بالعمل والتقدير.

٣) سورة البقرة: ٢٢٩ .

جميلا »[1] ، والفراق في قوله « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته »[2] .

(الثانية) اتفق الكل من الفقهاء أن لفظ الطلاق صريح، واختلف في الباقيين، فقال أصحابنا انهما غير صريحين بل كنايتان، والمراد بالصريح هو لفظ حقيقي شرعي دال بالمطابقة على ازالة قيد النكاح ، وقيل هو الذي لايتوقف وقوع الطلاق به على النية. وقيل هو مايحكم بوقوع الطلاق بمجرد وقوعه من مكلف مختار عالم بوضعه على زوجة يصح ايقاع الطلاق بها . وكيف قلنا فالكناية مقابله .

(الثالثة) اتفق الكل من أصحابنا أنه اذا عبر عن الزوجة بلفظ دال على شخصها وحمل عليه لفظ « طالق » وقعت الفرقة ، كقوله « أنت أوفلانة أو هذه طالق » .

واختلف في غيرهذه اللفظة مما يشتق من الطلاق، كقوله « مطلقة » أو « من المطلقات » أوعبر فيه بنفس المصدر كقوله « أنت طلاق » أو « الطلاق » أوقال « طلقت فلانة » بلفظ الماضي .

قال الشيخ في المبسوط[3] يقع بذلك كله ، وقال في الخلاف[4] لايقع بشيء من ذلك. وهو الأصح، لان المذكورات اما غير صريحة أودالة بالمجاز، ولا شيء من هذين يقع به الطلاق عندنا . ويؤيد ذلك ما رواه محمد بن ابى صر في كتاب « الجامع » عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته : أنت علي حرام أوبائنة أوبتة أوخلية أوبرية

---

١) سورة الأحزاب: ٤٨ .

٢) سورة النساء: ١٢٩ .

٣) راجع المبسوط ٢٥/٥ .

٤) الخلاف ٤٤٥/٣ ، ٤٤٧ .

فقال: هذا كله ليس بشيء وانما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة [وبعد ما تطهر من حيضها] قبل أن يجامعها أنت طالق [اواعتدي ويريد بذلك الطلاق] ويشهد على ذلك رجلين عدلين[1] .

ووجه الدلالة أن « انما » للحصر كما بينت في الاصول، فيجب أن لايقع الطلاق بغير لفظة طالق، قضية للحصر، فلذلك حكم المصنف بوجوب الاقتصار على طالق.

قوله : وكذا لو قال اعتدى

الاكثر من أصحابنا على عدم الوقوع بهذه اللفظة وان نوى بها الطلاق ، لما تقدم ولعدم ورودها في القرآن .

وقال ابن الجنيد يقع بها ، محتجاً برواية الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام : الطلاق ان يقول لها اعتدي أو يقول لها أنت طالق[2].

وأجيب بأن صريح « اعتدي » امر بالاعتداد والامر به ليس بانشاء للطلاق بل الاعتداد أمر يتعقب الطلاق ، ولذلك يصح أن يقول لها « طلقتك فاعتدي »، ولا يجوز أن يكون منقولا الى انشاء الطلاق : أما أولا فلعدم الدليل على هذا النقل والاصل عدمه ، وأما ثانياً فلان الامر انشاء ونقل الانشاء الى انشاء آخر غير معهود في كلام العرب .

والاولى حمل الرواية على سبق الطلاق كما قاله الشيخ ، لان الاعتداد معلول له ولا يوجد المعلول بدون علته ، فتمام اعتدي بتقديم الطلاق، لان لها

١) التهذيب ٤٧/٨ ، الكافي ٦٩/٦ ، الاستبصار ٢٧٧/٣ .

٢) الكافي ٦٩/٦ ، التهذيب ٣٧/٨ ، الاستبصار ٢٧٧/٣ .

أن تقول : لم أعتد ؟ فيقول : لاني طلقتك . فالامر بالاعتداد كاشف عن لزوم حكم الطلاق ، فلا يكون هو والا لزم الدور .

وهنا فوائد :

(الاولى) أطلق الشيخ في النهاية[1] جواز وقوعه بغير العربية ، وتبعه ابن حمزة . ولعل مستنده رواية حفص عن أبيه عن علي عليه السلام أنه قال : كل طلاق بكل لسان فهو طلاق[2].

وقال القاضي وابن ادريس بجوازه مع العجز. وهو الحق ، لما تقدم. فان قصد الشيخ بالاطلاق ذلك فلا خلاف والاجاء الخلاف . وتوقف العلامة في المختلف .

(الثانية) جوزه في النهاية أيضاً للغائب اذا كتب بخطه لا بخط غيره، وأطلق المنع في الخلاف ، وقيده في المبسوط بالعجز عن النطق ولو كان حاضراً ، وجعل قول النهاية رواية ، وكأنه اشارة الى مارواه ابو حمزة الثمالي صحيحاً قال: سألت الصادق عليه السلام عن رجل قال لرجل أكتب يافلان الى امرأتي بطلاقها أو اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً . فقال : لايكون طلاق ولا عتق حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق أوالعتق ويكون ذلك بالاهلة والشهود ويكون غائباً عن أهله[3].

وقال القاضي في الكامل بقول النهاية، وفي المهذب بقول المبسوط . وجوز ابن حمزة للغائب والاخرس معاً اذا كتب بخطه .

---

١) النهاية: ٥١١.

٢) التهذيب ٣٨/٨، اخرجه عن وهب بن وهب عن جعفرعن ابيه عن على عليهم السلام.

٣) الكافى ٦٤/٦ ، التهذيب ٣٨/٨ ، واللفظ للثانى . وفى الاول : لايكون طلاقاً ولاعتقاً .

والحق ما قاله ابن ادريس والعلامة وهو عدم الوقوع حالة القدرة، سواء الغائب والحاضر، ووقوعه بها حالة العجز لهما، لان الشارع علق الاحكام على العبارة والكتابة ليست عبارة وان أفادت فائدتها، فلا يعدل عما قرره الشارع الى غيره وان أفاد فائدته الا مع العجز والا لزم الاشتمار وارتفاع التوقيف.

وتؤيده رواية زرارة حسناً قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه ثم بداله فمحاه. قال: ليس ذلك بطلاق ولاعتاق حتى يتكلم به[1].

ويتأول رواية الثمالي بالحمل على العاجز عن النطق بمعارضة رواية زرارة لها مع تأيدها بالنظر، ويكون «أو» في قوله «أويخطه بيده» للتفصيل لاللتخيير ويكون قوله «ويكون غائباً عن أهله» كناية عن ترك الوقاع في الطهر كما يكنى عن ذلك بشدالمئزر، كما ورد أنه صلى الله عليه وآله وسلم كان اذا دخل العشر الاخير من رمضان شدالمئزر[2]، ولا يكون قيداً في عدم البطلان بالكتابة.

ثم انا لوجوزنا ذلك للغائب حالة القدرة لزم جوازه للحاضر، وهوباطل اتفاقاً. وبيان الملازمة بوجود ما هوقائم مقام العبارة في الحالتين، وبأن الغيبة عنها بالسفر ليست مانعة عن النطق بالطلاق وهوظاهر.

(الثالثة) ذهب الشيخ[3] والقاضي وابن الجنيد وابن ادريس[4] والمصنف والعلامة[5] الى أن طلاق الاخرس بالاشارة، لرواية محمد بن ابى نصر قال:

---

١) الكافي ٦/٦٤، التهذيب ٨/٣٨.

٢) سنن ابن ماجة ١/٥٦٢.

٣) النهاية: ٥١١.

٤) السرائر: ٣٢٥.

٥) القواعد، الفصل الثالث الصيغة من المقصد الاول من كتاب الفراق.

ويقع لوقال هل طلقت فلانة فقال : نعم .

سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون عنده المرأة ثم يصمت فلايتكلم. قال : يكون اخرس . قلت : نعم فيعلم منه بغض لامرأته وكراهته لها أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال: لاولكن يكتب ويشهد على ذلك . قلت : أصلحك الله انه لايكتب ولايسمع كيف يطلقها . قال : بالذي يعرف منه من فعاله مثل ما ذكرت من كراهته أوبغضه لها[1] .

وقال ابنابابويه[2] انه بالقاء القناع على رأسها ثم يعتزلها. ومثله رواية ابى بصيرعنه عليه السلام[3] .

والحق أنه ان كان كاتباً تعينت الكتابة لطلاقه، لانها أقوى دلالة بعد العبارة لعدم الاحتمال فيها ، ولذلك قدمها في رواية البزنطي . وان كان أمياً فبالاشارة ومن جملتها القاء القناع ، فهواشارة فعلية فانه كناية حسنة عن تحريمها عليه ، فان جواز النظر من لوازم الزوجية فيكون تحريم النظر من لوازم ارتفاعها ، فهواستدلال بنفي اللازم على نفي الملزوم . فعلى هذا لاخلاف ، لعدم المنافاة بين العام والخاص، لما تقرر في الاصول ، ولذلك خيرابن حمزة بين الاشارة والقاء القناع .

قوله : ويقع لوقال هل طلقت فلانة فقال نعم

هذا قول الشيخ في النهاية[4] والقاضي وابن حمزة، لرواية السكوني عن

---

١) الكافي ١٢٨/٦ ، الفقيه ٣٣٣/٣ ، التهذيب ٧٤/٨ ، الاستبصار ٣٠١/٣ واللفظ للاول .

٢) المقنع : ١١٩ .

٣) الوسائل ٣٠١/١٥ .

٤) النهاية : ٥١١ .

الصادق عليه السلام عن أبيه عن علي عليه السلام في الرجل يقال له طلقت امرأتك فيقول نعم . قال : قد طلقها حينئذ[1] .

وقال ابن ادريس[2] ذلك اقرار منه بطلاق شرعي ، وقال العلامة : التحقيق أن نقول : ان قصد الاقرار بطلاق سابق حكم عليه ظاهراً ودين به بنيته في نفس الامر ، وان قصد بذلك الانشاء فهل يصح ؟ ظاهر كلام النهاية نعم، وظاهر ابن ادريس المنع .

وكلام هذا العلامة كما تراه ليس فيه تحقيق بل اعادة لذكر الخلاف . والحق ما قاله ابن ادريس ، وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في قوله : انما الطلاق ان يقول لها ـ الى آخرها[3] .

قوله : ويشترط تجريده عن الشرط والصفة

أجمع أصحابنا على عدم جواز التعليق في الطلاق وأنه لو علق لم يكن واقعاً ، مستدلين بوجوه :

الاول: ان حكم الزوجية مستفاد من الشرع فلا يرتفع الا بحكم شرعي، ولا دليل في الشرع على وقوع ذلك فيجب الحكم ببقاء الحكم الاول. وهو المطلوب.

الثاني : تظافر روايات عن أئمتهم عليهم السلام بذلك .

الثالث: أن الشارع جعل التلفظ بالطلاق سبباً للفرقة مع صدوره من أهله في محله في وقته ، كما جعل الزوال سبباً لوجوب الظهر ، وذلك من باب

---

١) التهذيب ٣٨/٨ .

٢) السرائر : ٣٢٥ .

٣) التهذيب ٣٦/٨ ، الكافي ٦٩/٦ ، الاستبصار ٢٧٧/٣ .

خطاب الوضع ، فلوعلق الطلاق كان اخراجاً للسبب عن السببية وهوباطل ، ويكون كمن علق كون زوال الشمس سبباً لوجوب الظهر على أمرمن الامور . ولاتأثيرفي الفرق ، لكون السبب صادراً بعد تسليم كون التلفظ بالطلاق على الوجه المذكور سبباً .

ان قلت: التعليق ليس لكون السبب سبباً بل لترتب أثره عليه ، فان السبب جاز أن يتوقف تأثيره على أمر، فلايترتب أثره عليه الاعند حصول ذلك الامر ، وهوالمراد بالتعليق .

قلت: ان كان التلفظ بالطلاق سبباً تاماً لزمكم ترتب أثره عليه وان لم يحصل الاثر المعلق عليه ، وان جعلتموه سبباً ناقصاً وبوقوع المعلق عليه يتم لزمكم أن يقع الطلاق حال تجرده عن التعليق لنقصان سببيته وأنتم لاتقولون به .

ان قلتم : هذا ينعكس عليكم بالابطال، فانه يلزمكم وقوع الطلاق ، سواء وقع المعلق عليه أولا ، بل سواء علق أولا، وأنتم لاتقولون به .

قلنا : ذلك لايلزمنا، لان القصد الى الطلاق عندنا جزء السبب التام ، ولم يحصل ذلك القصد في زمان التعليق ولا في زمان وجود المعلق عليه ، لان القصدالمعلق ليس بقصد تام وهوضروري، فيقع اللفظ لاغياً لانه غير كاف بدون القصد التام . واما أنتم فيلزمكم ذلك لانكم لاتعتبرون القصد ، حيث قلتم ان الطلاق الصريح لايحتاج الى نية الطلاق، والنية والقصد واحد، فان منعتم كون القصد معتبراً لاصالة عدم اعتباره قلنا اعتباره معلوم في سائر العقود والايقاعات شرعاً ، ولهذا لااعتبار بعبارة الساهي والنائم .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالشرط ما يجوز وقوعه وعدم وقوعه عادة ، كقوله « ان خرجت من الدارفأنت طالق » ، والمراد بالصفة ما يجب وقوعه عادة ، كقوله «اذاطلعت الشمس فأنت طالق» وكلاهما لايقع الطلاق مع التعليق عليهماعندنا.

(الثانية) لايلزم من عدم جواز التعليق عدم جواز التعليل ، فلوقال «أنت طالق ان دخلت الدار» بفتح الهمزة في « ان » وقع لانه ليس تعليقاً بل تعليلا تقديره لان دخلت الدار ، بخلاف قوله « ان دخلت الدار » بكسر الهمزة .

(الثالثة) يجيء فيما بعد ان شاءالله تعالى أن الاستثناء بالمشية في اليمين يوقفها ، فهل هو كذلك في الطلاق ؟

قال الشيخ في الخلاف[1] في كتاب الطلاق نعم يدخل في الطلاق والعتاق قال: وان كان بصفة لايصح عندنا، وأما في اليمين بهما وفي الاقرار وفي اليمين بالله توقف الكلام ولا يلزم مخالفة حكمه .

وقال ابن ادريس[2] : أجمع اصحابنا على أن الاستثناء بالمشية لايدخل الا في اليمين بالله حسب ، اذ لاأحد يجسر أن يقول انه لوعقب الاقرار بقوله ان شاءالله أنه لايلزمه ما أقربه . قال: وأما ما ذكره الشيخ في الخلاف[3] فقد رجع عنه في كتاب الايمان من الخلاف[4] وقال لايدخل الاستثناء بمشيةالله الا في اليمين فحسب ، وبه قال مالك ، وأما ابوحنيفة فيدخله في اليمين بالله وفي الطلاق والعتاق والنذر والاقرار .

قال العلامة : التحقيق أن نقول : مقصود الشيخ بقوله الاول قبول الطلاق والعتق بالايقاف بالمشية فيبطل الايقاع ولولم يقبلاه كان الاستثناء باطلا والطلاق والعتق ماضيين ، وهو باطل اجماعاً . ومقصوده بقوله الثاني انه يتوقف حكم الطلاق والعتاق ويبطلان معه فلايبقى للدخول مع صحتهما امكان .

---

١) الخلاف ٢/٤٥٥ .

٢) السرائر : ٣٢٩ .

٣) راجع التعليقة السابقة .

٤) الخلاف ٣/٢٨٢ .

قلت : الاحسن في توجيه كلام الشيخ أن نقول : ان الاستثناء يدخل في الطلاق والعتاق على وجه ولايدخل على وجه آخر ، فالاول ابطالهما به كما هو رأي الاصحاب، والوجه الثاني عدم توقيفهما كما هورأي المخالفين .

هذا ، وقال ابن الجنيد : اذا قال المكلف ذلك سئل عن نيته وقوله فيجاز منه ما أجازته السنة ويرد منه ما ردته . ومراده أنه ان قصد الشرط لم يقع وان قصد التبرك صح .

وليس هذا بعيداً من الصواب ، لكن التحقيق هنا أن نقول ان الاستثناء بالمشية ينبغي أن لايدخل الا في الاخبار عن المستقبل ، كما قال تعالى « ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الاأن يشاءالله »[1] ، وذلك لان فعل المستثنى في المستقبل موقوف على بقاء الفاعل وبقاؤه موقوف على مشية الله، والموقوف على الموقوف على الشيء موقوف على ذلك الشيء .

وأما في الاخبار عن الماضي فقال بعض الفضلاء: ان كان ذلك علمياً أو كان انشاء فلايدخله التعليق طلاقاً كان أوعتاقاً أواقراراً أوغيرها من الانشاءات، وذلك لان الشارع جعل الانشاءات أسباباً لاحكام مخصوصة، فايقاعها مع اعتقاد شرعيتها يستلزم مشية الله تعالى فتوقيفها على المشية تناقض، لان العلم بمشيته سبب شيء يناقضه التردد في سبب ذلك الشيء وفي الاقرار بخصوصه ، لانه اخبار عن الماضي فتعليقه بالمشية يستلزم التناقض أيضاً ، سواء كان التعليق لنفس الخبر أوالمخبرعنه ، لان الخبر قد وقع قطعاً والمخبرعنه مقطوع بوقوعه بالنظر الى المخبر ، لان الاخبار علمي فيناقضهما التوقيف لانه تردد . وان كان غيرعلمي ولاانشائي جاز تعليقه على المشية ، الاأنه في الاقرار لايكون مقبولا ان كان متأخراً ويلزمه حكم الاقرارويكون التعليق كالانكار بعد الاعتراف ولوتقدم، مثل

---

١) سورة الكهف : ٢٣ .

ولوفسر الطلقة باثنين أوثلاث صحت واحدة و بطل التفسير.

وقيل : يبطل الطلاق .

ولوكان المطلق يعتقد الثلاثة لزم.

« ان شاءالله لزيد علي كذا » ، فلايلزمه حكم الاقرار لعدم الجزم به .

قلت : هذا كله مسلـم لوقصد التعليق الوجودي ، أمـا لوقصد التبرك أو الانقطاع الى الله تعالى وكون الافعال والاحكام موكولة الى مشيته وارادته فلايرد شيء من ذلك .

على أنا نقول :ان الشرط اذا ورد على السبب لايخرجه عن سببيته بل يمنع تنجيزحكمه ، فجاز توقف السبب على شرط هومن فعل الله تعالى يكون تأثير السبب موقوفاً عليه في بعض المواضع فقصده المتكلم .

قوله : ولوفسر الطلقة باثنتين أوثلاث صحت واحدة وبطل التفسير، وقيل يبطل الطلاق ولوكان المطلق يعتقد الثلاث لزمه

هنا فوائد :

(الاولى) أنه مع التفسير المذكور تقع واحدة ويلغومافسرت به ، وبه قال الشيخ فى النهاية والمبسوط[1] والقاضي في كتابيه وابن زهرة وابـن ادريس[2] والمصنف ، واختاره العلامة[3] محتجاً بأن المقتضي لذلك ـ وهولفظ الطلاق على الوجه الخاص ـ موجود والمانع ليس الاالتفسيرالمذكور وهوغيرصالح للمانعية ، لعدم المنافاة بين الكل وجزئه، فانه اذا قصد الكل فقد قصد الواحدة

---

١) النهاية : ٥١٢ ، المبسوط ٦/٥ .

٢) السرائر : ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٢٥ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٥ .

فتقع ويلغو الضميمة وهو المطلوب . وبما رواه جميل بن دراج صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً فقال: هي واحدة[١].

ومارواه بكير بن أعين عن الباقر عليه السلام قال : ان طلقها للعدة اكثر من واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق[٢] .

وفيه نظر ، لمنع انتفاء المانع .

قوله[٣] « لعدم المنافاة بين الكل وجزئه » . قلنا : مسلم لكن المنافاة هنا ليست بين الكل والجزء بل بين الواحد والكثير، وقد تقرر في الكلام حصول التنافي بينهما . وتحقيقه : ان الشيء يؤخذ باعتبارات ثلاثة : الاول من حيث هو هو، الثاني بشرط شيء، الثالث بشرط لاشيء . فالثاني ان نسب الى الاول فهو الكل وان نسب الى الثالث فهو الكثير ، فاذا نسبناهما اليه كان الاول جزء والثالث واحداً ، وقد عرفت أن الاول ليس معه اشتراط شيء ولاعدمه والثالث معه اشتراط العدم، فبينهما حينئذ منافاة، فالاتي بأحدهما غير آت بالاخر. ولاشك أن المأمور به هو الثالث فالاتي بالاول غير آت بالمأمور وهو المطلوب .

وأما رواية جميل فيحمل عود الضمير ـ أعني قوله «هي واحدة» ـ الى الطلقة المشروعة لا الى الثلاث ، لان الثلاث لاتكون واحدة ، ولايلزم الاضمار قبل الذكر لانها مذكورة معنى. ولو قيل: ان المراد الواقعة واحدة كان تأويلا، والاصل عدمه الا لدليل وليس .

وأما رواية بكير فان دلالتها من حيث الخطاب ، وهو ضعيف .

---

١) الكافي ٦ / ٧١، رواه جميل عن زرارة عن احدهما عليهما السلام، التهذيب ٨ / ٥٢.
٢) التهذيب ٨ / ٥٣ ، الاستبصار ٣ / ٢٨٢ .
٣) اى قول العلامة .

(الثانية) ذهب المرتضى وابن ابى عقيل الى بطلان الطلاق المذكور جملة واختاره ابن حمزة وسلار، واحتجوا برواية ابى بصير صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال : من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ، من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله[1] .

ومارواه علي بن اسماعيل قال : كتب عبدالله بن محمد الى ابى الحسن عليه السلام : جعلت فداك روى أصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جماع بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة. فوقع بخطه عليه السلام : اخطأ على ابى عبدالله عليه السلام، أنه لايلزمه الطلاق ويرد الى الكتاب والسنة ان شاء الله تعالى[2] .

ومارواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام : اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد ، فانهن ذوات أزواج[3] .

وقد يحتج له بأن الكثرة هنا منهي عنها بالاجماع ، والروايات والنهي عن الكثرة يستلزم الامر بالوحدة، ضرورة كون النهي عن أحد الضدين يستلزم الامر بالضد الاخر ، كالنهي عن الحركة يستلزم الامر بالسكون ، فالاتي بالكثرة لايكون آتياً بالوحدة والالزم اجتماع الضدين ، واذا لم يأت بوحدة الطلاق المأمور به لايقع الطلاق .

وفيه أيضاً نظر: أما الروايات فان الاولى تحمل على أن المراد ليس المجموع بشيء وذلك لاينافي اعتبار الواحدة، والثانية مشتملة على المكاتبة وهي من أسباب الضعف ، والثالثة راويها مهمل فالاولى التوقف في ذلك .

---

١) التهذيب ٥٤/٨ ، الاستبصار ٢٨٧/٣ .
٢) التهذيب ٥٦/٨ ، الاستبصار ٢٨٩/٣ .
٣) التهذيب ٥٦/٨ .

(الركن الرابع) في الاشهاد : ولا بد من شاهدين يسمعانه .

ولا يشترط استدعاؤهما الى السماع ، ويعتبر فيهما العدالة . وبعض الاصحاب يكتفي بالاسلام .

ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد، كان الاول لغواً. ولاتقبل فيه شهادة النساء .

(الثالثة) أطبق أصحابنا على أن من طلق طلقتين أوثلاثاً في مجلس واحد من غيرتخلل رجوع – مثل أن يقول « أنت طالق اثنتين أوثلاثاً » – فعل حراماً وانها لايقع المجموع. والخلاف قد عرفته في وقوع الواحدة .

وقال ابوحنيفة ومالك بالتحريم أيضاً، وقال الشافعي واحمد واسحاق وابو ثور بالكراهية ويستحب الترك له . نعم أجمع الكل من الفريقين على الوقوع وان حرم أوكره .

فعلى هذا لو كان المطلق يعتقد الوقوع لزمه ذلك كما صرح به المصنف، بمعنى أنه لايحل له الامع نكاح غيره . وهل يباح للواحد منانكاحها ؟ يظهر من اطلاق كلام المصنف وغيره ذلك، ويؤيده « ألزموهم بما ألزموابه أنفسهم » . ويحتمل المنع لقولهم « اياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فانهن ذوات أزواج » فان الخطاب توجه الى شيعتهم .

قوله: ولابد من شاهدين يسمعانه ولايشترط استدعاءهما الى السماع ، ويعتبر فيهما العدالة، وبعض الاصحاب يكتفي بالاسلام

الضمير في قوله « يسمعانه » عائد الى لفظ الطلاق، أي يسمعان تلفظ الزوج به. وانما قال يسمعان ولم يقل يسمع كل منهما لئلا يتوهم الاكتفاء بسماع كل منهما منفرداً مع التعاقب ، لان كلا للافراد ، بل الشرط انما هو سماعهما معاً دفعة

واحدة ، فلو سمع واحد ثم أعيد اللفظ فسمع الاخرلم يكف .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اجمع الاصحاب على أن سماع الشاهدين على الوجه المذكور شرط في صحة الطلاق وانه يبطل بدون ذلك ، مستدلين بتظافر الروايات عن أئمتهم عليهم السلام، ويؤيده قوله تعالى « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن »[1] الى قوله « وأشهدوا ذوي عدل منكم »[2] .

قال أصحابنا ان الاشهاد عائد الى الطلاق، وقد بينا ذلك مستوفى في «كنز العرفان »[3] . وأجمع المخالف على عدم اشتراطه ، مستدلين بعود الحكم الى الرجعة ، وقد بينا في الكتاب ضعفه .

(الثانية) أنه لايشترط استدعاء الشاهدين ولاقصدهما الى السماع ، بل لو سمعا ذلك اتفاقاً صح وكفى في الشرطية . وعليه اجماع أصحابنا، ويؤيده قوله تعالى « وأشهدوا ذوي عدل منكم » ولم يقل واستشهدوا .

(الثالثة) انه يشترط عدالتهما حالة السماع، لمنطوق الاية والروايات. وقال الشيخ في النهاية[4] يكفى الاسلام ، لرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: طلاق السنة ان يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين[5] . ومثله رواية ابى بصير[6] . وهما مطلقتان غير مقيدتين بالعدالة .

---

١) سورة الطلاق : ١ .

٢) سورة الطلاق : ٢ .

٣) كنز العرفان ٢٥٣/٢ .

٤) النهاية : ٥١٠ ، قال فيه : ومتى طلق ولم يشهد شاهدين ممن ظاهره الاسلام كان طلاقه غير واقع .

٥) الكافى ٦٤/٦ ، التهذيب ٢٥/٨ .

٦) الكافى ٦٦/٦ ، التهذيب ٢٧/٨ .

النظر الثاني في أقسامه : وينقسم الى بدعة وسنة :

فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج أو غيبته دون المدة المشترطة وفي طهر قد قربها فيه ، وطلاق الثلاث المرسلة.

وأجيب : بحمل المطلق على المقيد كما تقرر في الاصول .

(الرابعة) لو طلق من غير اشهاد ثم أشهد فيما بعد ، قال المصنف كان الاول لغواً . وفيه دلالة على أن الثاني ـ أي الذي معه الاشهاد ـ لايكون لغواً بل صحيحاً . وليس كذلك ، بل يشترط اعادة الصيغة الانشائية، أما لو لم يعدها وأتى بصيغة اخبارية فانهما لايقعان معاً : أما الاول فلعدم الاشهاد ، وأما الثاني فلعدم الصيغة .

(الخامسة) لو أخبر الزوج بوقوع الطلاق منه صحيحاً حكم عليه به ظاهراً ، فان كان كذلك في نفس الامر فالحكم صحيح ظاهراً وباطناً، والا لم تبن منه حتى يأتي بالطلاق الصحيح الجامع للشرائط .

قوله : وينقسم الى بدعة وسنة

للاصحاب في تقسيم الطلاق عبارات كل منها لايخلو من مناقشة :

الاولى: عبارة الشيخين[1] أنه ينقسم الى طلاق السنة وطلاق العدة، والاول ينقسم الى بائن ورجعي .

ويرد: عليهما أنه ان أريد بالسني ماقابل البدعي لم يكن قسيماً للعدي، لان العام لايكون قسيماً للخاص ، لان الفرض أن العدي ليس ببدعي . وان أريد به المعنى الاخص ـ وهو أن يطلق على الشرائط ويتركها حتى تخرج العدة ويعقد عليها عقداً جديداً ـ ورد على ذلك أنه لو راجع في العدة وطلق قبل المواقعة كان طلاقاً شرعياً وليس للعدة لعدم المواقعة ولا للسنة للمراجعة قبل خروج العدة.

---

١) النهاية : ٥٠٨ ، المقنعة: ٨٢ .

الثانية : عبارة المصنف أنه ينقسم الى بدعي وطلاق سنة، والثاني الى بائن ورجعي وللعدة .

ويرد عليه لزوم التداخل، لان الاولتين فيطلاق العدة داخلتان في الرجعي والثالثة داخلة في البائن .

الثالثة : عبارة العلامة[1] ، وهوينقسم الى البدعي والشرعي، وقسم الشرعي الىطلاق السنة وطلاق العدة، وفسر العدي بما فسره المصنفوالسني بماذكرناه في عبارة الشيخين من المعنى الاخص .

ويرد عليه ماورد على الشيخين. وأيضاً لوتزوج وطلققبل الدخوللم يكن طلاق عدة ولاطلاق سنة .

الرابعة : عبارة ابن ادريس[2] ، وهوانقسامه الى بدعي وسني، ولم يشترط فى السني المواقعة ولاخروجها من العدة ، وهي عبارة حسنة .

ويمكنأن يجاب عنالتداخل فيعبارة المصنف بأن يفسرالعدي بأنه طلاق بائن يؤدي الىالتحريمالمؤبد وهوالثلاث معاً أوالثالثة والسادسة والتاسعة على الوجه المذكور، وتفسيرالبائن الذي هوقسيم العدي بأنه البائن الذي لايؤدي الى التحريم المؤبد ، فيكون التقسيم هكذا :

الطلاق الشرعي اما أن تصح معه المراجعة بغيرعقد جديد أولا، والاول هو الرجعي ، والثاني اما أن يكون وسيلة الى تحريم المراجعة ولوبالعقد أولا والاول طلاق العدة والثاني طلاق البائن . والمصنف قد جعل قسمي الرجعي قسيمين له .

وان كان المراد بالعدي كل واحد من الثلاث يكون التقسيم هكذا :

---

١) القواعد، المقصد الثاني من كتاب الفراق .

٢) السرائر : ٣٢٢ .

وكله لايقع .

وطلاق السنة ثلاث : بائن ، ورجعى ، وللعدة .

فالبائن مالا يصح معه الرجعة ، وهو طلاق اليائسة على الاظهر ، ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة ، والمبارأة مالم ترجعافى البذل ، والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان .

والرجعى مايصح معه الرجعة ولولم يرجع .

الطلاق اما أن يكون وسيلة الى التحريم المؤبد أولا ، والاول العدي ، والثاني اماأن تصح معه المراجعة بغيرعقد جديد أولا . والاول الرجعي والثاني البائن .

وان كان المراد بالعدي كل واحدة من الطلقتين الاولتين كان التقسيم هكذا :

الطلاق اما أن تصح معه المراجعة بغيرعقد جديد أولا ، والثاني البائن ، والاول ان كان وسيلة الى التحريم المؤبد فهو العدي وان لم يكن فهو الرجعي . وهذا الاحتمال أقرب الاحتمالات .

قوله : وكله لايقع

قيل عليه انه قائل بأن طلاق الثلاث المرسلة تقع واحدة ، وذلك مناف لحكمه بعدم الوقوع .

أجيب : بأن المراد الكل المجموعي ، والكل المجموعي أخص من كل واحد ، ولايلزم من عدم وقوع الخاص عدم وقوع العام ، فلا يلزم عدم وقوع شيء من الطلقات .

قوله : طلاق الايسة على الاظهر

يشيرالى الخلاف الواقع بين الاصحاب في الايسة هل عليها عدة أم لا . وسيأتي تحقيقه ، فمن قال لاعدة عليها فطلاقها بائن وهو قول الشيخ ، ومن قال

وطلاق العدة ما يرجع فيه ويواقع ثم يطلق .

فهذه تحرم في التاسعة تحريماً مؤبداً .

وما عداها تحرم في كل ثالثة حتى تنكح غيره .

وهنا مسائل خمسة :

(الاولى) لايهدم استيفاء العدة تحريم الثلاثة .

عليها العدة فطلاقها رجعي وبه قال السيد .

قوله : لايهدم استيفاء العدة تحريم الثالثة

مراده أن المطلق اذا لم يراجع في العدة بل يتركها حتى تخرج ثم يتزوجها بعقد جديد ، وهكذا ثانياً وثالثاً تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، ولاتأثير لاستيفاء عدتها في هدم تحريم الطلقة الثالثة، وكذا لو استوفت العدة في الاولى دون الثانية أوالثانية دون الاولى .

وعليه اجماع الاصحاب ، لاصالة عدم الهدم ، ولعموم قوله تعالى « فان طلقها » أي الثالثة « فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره»[1] .

ولم يخالف في ذلك الاعبدالله بن بكير[2] حيث روى عن الباقر عليه السلام ان استيفاء عدتها يهدم تحريم الثالثة . وهي ضعيفة : أما أولا فلفساد عقيدته فانه فطحي، وأماثانياً فلمخالفتها نص الكتاب، وأما ثالثاً فانه سئل عنها فأسندها الى زرارة عن الباقر عليه السلام ثم سئل مرة أخرى فقال هذا مما رزقني الله من الرأي . قال الشيخ في الاستبصار : ماكان عليه من المذهب أفحش من هذا الكذب[3] .

---

١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

٢) التهذيب ٨/ ٣٠ ، الاستبصار ٣/ ٢٧١ ، الكافي ٦/ ٧٧ ، ٧٨ مع زيادة فيه .

٣) ليست هذه العبارة في الاستبصار ، والعبارة هناك : والغلط في ذلك أعظم من

(الثانية) يصح طلاق الحامل للسنة كما تصح للعدة على الاشبه.

(الثالثة) يصح أن يطلق ثانية فى الطهر الذى طلق فيه وراجع فيه، ولم يطأ لكن لا يقع للعدة.

(الرابعة) لوطلق غائباً ثم حضرو دخل بها ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا بينته، ولو أولدها لحق به.

قوله: يصح طلاق الحامل للسنة كما يصح للعدة على الاشبه

قد عرفت معنى طلاق العدة فيما سبق، وكذا عرفت طلاق السنة بالمعنى الاخص. وأجمع الاصحاب على جوازطلاق الحامل للعدة، الا أن ابن الجنيد شرط في طلاقها ثانياً مضي شهرمن حين المواقعة وكذا في الثالثة، معتمداً على رواية يزيد الكناسي عن الباقرعليه السلام[1]. واختلفوا في طلاقها للسنة على أقوال:

(الاول) قول الشيخ في النهاية[2] والقاضي وابن حمزه بالمنع، بمعنى أنه اذا طلقها وراجعها ولم يواقعها فليس له طلاقها حتى تضع مافي بطنها، لرواية اسماعيل الجعفي عن الباقرعليه السلام: طلاق الحامل واحدة[3]. ومثله روى ابوبصير[4] والحلبى عن الصادق عليه السلام[5].

الغلط فى اسناد فتيا يعتقد صحته لشبهة دخلت عليه الى بعض أصحاب الائمة عليهم السلام. الى آخره.

١) الكافى ٨٢/٦، التهذيب ٧٢/٨، الاستبصار ٣٩٨/٣.

٢) النهاية: ٥١٧.

٣) التهذيب ٧٠/٨، الكافى ٨١/٦.

٤) الكافى ٨١/٦

٥) الكافى ٨٢/٦.

(الثاني) قول ابنى بابويه[1] انـه اذا راجعها قبل الوضع أو قبل مضي ثلاثة أشهرفليس له طلاقها حتى تضع وتطهر، واطلقا ولم يفصلا .

(الثالث) قول المصنف وابن ادريس[2] والعلامة بالجواز ، لاصاله الصحة وعدم مانع من ذلك من كتاب أوسنة ، بل عموم الكتاب دال على جوازه .

قال العلامة في المختلف[3] : التحقيق أن طلاق العدة والسنة واحد، وانما يصير للسنة بترك المراجعة وترك المواقعة ، والعدة بالرجعة في العدة والمواقعة فاذا طلقها لم يظهر أنه للسنة أوللعدة الا بعد وضع الحمل ، لانه ان راجع قبله كان طلاق العدة وان تركها كان طلاق السنة، فان قصد الشيخ ذلك فهوحق وتحمل الأخبار عليه .

ومثله قال المصنف في النكت .

أقول : الحق أن الخلاف مبني على تفسير طلاق السنة ، فان فسر بما قاله الشيخ واختاره العلامة بالمعنى الاخص فالقول قول الشيخ ، وان فسرنا بأعم من ذلك ـ وهـو أن لايشترط فيها المواقعة ولا خروج العدة ـ كما فسره ابن ادريس فالقول ماقاله المصنف وابن ادريس. وحينئذ يصح طلاقها للسنة كمايصح للعدة، بل يصح أن يطلقها للسنة في مجلس واحد عدة طلقات يتخللها رجعتان، كما دلت عليه رواية اسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام[4] . وتحمل رواية الجعفي وابى بصير على الاحتياط ، وكذا رواية الكناسي .

قال بعض تلامذة المصنف : لوقال يصح طلاق الحامل للعدة كما يصح للسنة كان أجود ، لان طلاق السنة لاخلاف في جوازه وانما الخلاف في طلاق

---

١) المقنع ١١٦/١

٢) السرائر : ٣٢٨ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٣٧ .

٤) التهذيب ٧١/٨ ، الفقيه ٣٣١/٣ ، الاستبصار ٢٩٩/٣ .

(الخامسة) اذا طلق الغائب وأراد العقـد على أختهـا أوعلى خامسة تربص تسعة أشهر احتياطاً .

النظر الثالث : فى اللواحق وفيه مقاصد :

(الاول) يكره طلاق المريض ، ويقع لوطلق . ويرث زوجته فى العدة الرجعية ، وترثه هى ولو كان الطلاق بائناً الى سنة ، مـا لم تتزوج أويبرأ من مرضه ذلك .

العدة ، فان المفيد وابـن بابـويه منعا منه عملا بالروايات الناطقة بأن طـلاق الحبلى واحد وانما جوزه المتأخر ، والمصنف قال : وقول الشيخ في النهاية لايجوز طلاقها للسنة حتى تضع ، أي لايتقدرذلك ولايتصور حتى تضع، معناه المراجعة بعدالعدة ولاتخرج من العدة حتى تضع لأنه لايجوزشرعاً. فتدبره ففيه نوع غموض . هذاآخر كلامه .

وفيه نظر، لانه خلاف ما قاله الفقهاء المعتبرون ، وأما تأويله لكلام الشيخ فبعيد .

قوله : يكره طلاق المريض ويقع لـو طلق ويرث زوجته فى العدة الرجعية وترثه هى ، ولوكان الطلاق بائناً الى سنة مالم تتزوج او يبرأمن مرضه ذلك

هنا فوائد :

(الاولى) انماكره لانه خلاف النكاح المندوب الى استمراره، ولان مقصوده به حرمان الارث المقرر شرعاً .

(الثانية) أجمع أصحابنا على ثبوت ارثهامنه مع حصول الشرائط المذكورة، ناقلين ذلك عن أئمتهم عليهم السلام، للتهمة المذكورة ومعارضته بنقيض مطلوبه كما عورض القاتل بنقيض مطلوبه من عدم الارث ، فانه لولا أرثها الافي الرجعية

لتوسل كل زوج الى حرمان زوجته بطلاقها في مرض موته . وأما عدم ارث الزوج منها الافي الرجعية فلعدم التهمة من قبلها ، اذ الطلاق ليس في يدها .

(الثالثة) ذهب الشيخ في المبسوط[1] والخلاف الى ماقلناه من عدم ارث الزوج منها الا في الرجعية ، واختاره ابن ادريس[2] والقاضي وابن حمزة لانقطاع العصمة بينهما وعدم الحكمة المذكورة. وتؤيده رواية الحلبي في الحسن في أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه [طلاقها] قال: نعم وان مات ورثته وان ماتت لم يرثها[3]. وليس ذلك في الرجعي للاجماع.

ورواية زرارة موثقاً عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن رجل يطلق امرأته قال : ترثه ويرثها مادامت له عليها رجعة[4] .

وذهب الشيخ في النهاية الى عدم الفرق في ارثه منها في العدة بين أن تكون التطليقة هي الاولى أو الثانية أو الثالثة ، وسواء كان له اليها رجعة أولم يكن ، محتجاً برواية عبدالرحمن عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن رجل يطلق امرأته آخر طلاقها . قال: نعم يتوارثان في العدة[5] .

وأجيب : بأن المراد التوارث في الرجعية ، فان الطلاق الواقع في مرض الموت يصدق عليه أنه آخر طلاق ، وليس المراد به الثالثة . وتؤيده رواية محمد بن مسلم موثقاً عن الباقر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته تطليقتين ثم يطلقها ثالثة وهو مريض . قال : هي ترثه[6] . والتخصيص بها لابدله

---

١) المبسوط ٥/٦٨ ، الخلاف ٢/٤٥٦ .
٢) السرائر : ٣٢٤ .
٣) الكافي ٦/١٢٣ ، التهذيب ٨/٧٩، الفقيه ٣/٣٥٤ ، الاستبصار ٣/٣٠٤ .
٤) التهذيب ٨/٨١ ، الاستبصار ٣/٣٠٨ .
٥) التهذيب ٨/٨٠ ، الاستبصار ٣/٣٠٧ .
٦) التهذيب ٨/٨٠ ، الاستبصار ٣/٣٠٧ .

من فائدة ، وليس هي اختصاص الارث بها .

(الرابعة) لوانتفت التهمةاما لسؤالها الطلاق ثلاثاً فطلقها أولكونها مختلعة أومبارأة حكى في المبسوط والخلاف فيه قولين ارثها وعدم ارثها، واختارفيهما الاول ، لعموم الأخبار، وتابعه ابن ادريس . واختارفي الاستبصار الثاني وتابعه العلامة ، لانتفاء مقتضى الارث وهو التهمة، ولما رواه محمد بن القاسم الهاشمي قال : سمعت الصادق عليه السلام يقول : لاترث المختلعة والمبارأة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً اذاكان ذلك منهن في مرض الزوج ، وان مات في مرضه لان العصمة قد انقطعت منهن ومنه[1] .

(الخامسة) لو كانت الزوجة أمة أو كتابية فطلقها في مرضه ثم اعتقت أوأسلمت في العدة أوبعدها في ارثها وجهان : الارث لعموم النص، وعدمه لانتفاء التهمة .

أما لووقع العتق أوالاسلام في العدة قبل الطلاق ولما يعلم الزوج ذلك فطلقها في مرض الموت ، قال ابن الجنيد ان قال امرأتي الذمية أو الامة طالق فلاترثانه ، وان قال زوجتي فلانة ولم يقل الذمية ولا المملوكة ورثتاه . قال : وكذا ان ابتدأ طلاقه في المرض بالتي لم يدخل بها فانها ترثه .

واستحسن كلامه العلامة ، وهو حسن ان كان المراد بعدم الارث عدمه في البائن أوبعد العدة في الرجعي لعدم التهمة بسبب عدم علم المطلق بزوال مانع الارث، وأمافي العدة الرجعية فترثانه ويرثهما لمصادفة الموت محلا قابلا للارث ولاعبرة بعلم الزوج ولاعدمه في زوال مانع الارث .

ويجيء على قول الشيخ في المبسوط والخلاف ارثهما هنا، لعموم الاخبار بارث المطلقة في مرض الموت .

---

١) التهذيب ٨/١٠٠ .

المقصد الثانى : فى المحلل :

ويعتبر فيه البلوغ والوطء فى القبل بالعقد الصحيح الدائم .

وهنا فرعان :

الاول : لوادعت الاسلام بعد الطلاق في العدة قبل الموت ولابينة فأنكر الوارث ، فالقول قوله لاصالة عدم الارث .

الثاني: لوأقامت بينة حكم لها بالارث. وهل تحلف على أن اسلامها ليس للرغبة في الارث ، فيه تردد من عدم النص فيه وعموم ثبوت ارث من أسلم في العدة من مساواتها من زوج فضولا كما تقدم .

قوله : ويعتبرفى المحلل البلوغ

وهل يكفي كونه مراهقاً أم لا ؟ تردد المصنف في ذلك في الشرائع[1] ، ومنشأه من كونه زوجاً فيدخل تحت اطلاق قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره»[2]، وبه قال ابن الجنيد، ومن كونه وطئه ليس كاملا مطلوباً للشارع والتحريم معلوم فلا يرتفع الابمعلوم . ثم قال : أشبهه أنه لايحلل ، وجه الاشبهية قوله صلى الله عليه وآله وسلم: حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك[3] . والعسيلة اللذة والمراهق لالذة له حقيقة .

قوله : بالعقد الصحيح الدائم

فلو وطىء بالملك أوبالعقد الفاسد أوبالعقد المنقطع أوبالتحليل لم يحلل.

---

١) الشرائع ١٩٨/٢ .

٢) سورة البقرة : ٢٣٠ .

٣) رويت هذه العبارة من الطريقين راجع الوسائل ابواب اقسام الطلاق ٣٥٧/٧ ، ٣٦١ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧ ، صحيح البخارى ٧٩٢/٢ ، ٨٠١ ، سنن ابن ماجة ٦٢١/١ ، ٦٢٢ سنن ابى داود ٢٩٤/٢ .

نعم هل يشترط مع العقد الصحيح الدائم كون الوطىء سائغاً أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف[1] نعم محتجاً بأصالة بقاء التحريم فلايعلم زواله بوطىء محرم كالوطي في الاحرام أوالصوم أو الحيض ، ولان المحرم لايكون مراداً فلا يكون هو المأموربه، ولان العقد يشترط صحته فكذا الوطىء والالزم التحكم، ولان النهي يستلزم الفساد فلايحلل . وهوقول ابن الجنيد .

وقال العلامة في المختلف: لايشترط فتحل الحامل بالوطىء المحرم لعارض لانه تعالى جعل نهاية التحريم نكاح زوج غيره وقد حصل فلاتحريم بعد نهايته، ولانه لواشترطت الاباحة لزم عدم التحليل لووطىء عند تضيق صلاة الفريضة، واللازم منفي اجماعاً فكذا الملزوم .

وعلى قوله رحمه الله الفتوى .

ويجاب عن حجة الشيخ: اما عن الاول فان الأصل يرجع عنه للدليل وقد بيناه ، وعن الثاني بأن المحرم له اعتباران من حيث ذاته هومراد فيقع مأموراً به ولااعتبار بالعارض كما قلناه ، وعن الثالث بأنه قياس فيكون باطلا مع أن الفارق موجود، فان فساد العقديخرج الواطىء عن كونه زوجاً فلايتناوله النص وحرمة الوطىء لاتخرجه والا لكان زانياً، وعن الرابع بأن النهي في غير العبادة لايستلزم الفساد كما بين في الأصول وهوهنا كذلك كالبيع وقت النداء .

قوله : وهل يهدم مادون الثلاث فيه روايتان اشهرهما انه يهدم

معنى الهدم أنه لوتزوجت بعد الطلقة الاولى أوالثانية ثم طلقها الزوج الثاني وخرجت عدتها فتزوجها الاول ، هل تبقى معه في الأول على طلقتين وفي الثاني

---

١) الخلاف ٣/٥ .

ولوادعت أنها تزوجت ودخل وطلقها فالمروى : القبول اذا كانت ثقة .

على واحدة ولاهدم أو تبقى على ثلاث مستأنفات ويكون الزوج هادماً لما تقدم ؟ .

فيه روايتان : الاولى رواية الهدم عن رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام[١] ، الثاني رواية عدم الهدم عن صفوان عن منصور عن الصادق عليه السلام[٢] ومثلها عن ابن مسكان عن الحلبي عنه عليه السلام[٣] .

وعمل الأصحاب على الاولى ، وعمل الشيخ على الثانية على كون العقد منقطعاً أو على عدم الوطيء . ويؤيد عمل الاصحاب اشتهار الهدم أولا وثانياً رواية عبدالله بن عقيل بن ابى طالب : ان عمر قضى أنها تبقى على مابقي من الطلاق فقال أمير المؤمنين عليه السلام : سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة[٤] .

قوله : ولوادعت انها تزوجت ودخل وطلق [وطلقهان] فالمروى القبول اذا كانت ثقة

هذه رواية الحسين بن سعيد عن الصادق عليه السلام[٥] . وعمل الاكثر على ذلك وان كان الأصل يقتضي خلافه لكونها مدعية يفتقر الى البينة بدعواها ، لكن الفتوى على العمل بقولها ، لأن العلم بذلك قد يتعذر ، ولان الوطيء شرط في التحليل وانما يرجع فيها اليها . نعم يشترط كونها ثقة ، بمعنى ايمانها وعدالتها في دينها ومضي زمان يمكن فيه حصول ذلك .

---

١) الكافي ٧٧/٦ ، التهذيب ٣٠/٨ .
٢ ـ ٣) التهذيب ٣٢/٨ .
٤) التهذيب ٣٤/٨ ، الاستبصار ٢٧٥/٣ .
٥) التهذيب ٣٤/٨ ، الاستبصار ٢٧٥/٣ .

المقصد الثالث : فى الرجعة :

تصح نطقاً ، كقوله ، «راجعت»، وفعلا كالوطء والقبلة واللمس بالشهوة .

قوله : فى الرجعة وتصح نطقاً كقوله راجعت

حقيقة الرجعة هي الرد الى النكاح ، وهو أمر حادث لم يكن ، وكل حادث لابد له من سبب، والسبب هنا ماجعله الشارع دليلا على حصولها ، وهو اما لفظ أوفعل . فالاول أقسام :

الاول : صريح اتفاقاً ، وهو « رجعت » و « راجعت » و « ارتجعت » مع اتصالها باسم ظاهر، كقوله « راجعت فلانة » أو «ارتجعت فلانة» أومضمر كقوله « راجعتك » أو « ارتجعتك » ، ولايكفي من دون الاتصال المذكور .

الثاني : رددت فلانة أورددتك هل هو صريح أم لا ؟ قيل نعم لقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن »[1] ، وفي الحديث « أرددها » أي راجعها ، وقيل لا لعدم اشتهارذلك شرعاً في الاستعمال .

الثالث: أمسكت فلانةأو أمسكتك، قيل صريح لقوله تعالى «فامساك بمعروف أوتسريح باحسان »[2] وفسر بالرجعة .

الرابع : رددت فلانة الى النكاح أوأمسكت نكاحها مع نية الرجوع ، ان قلنا ان الرد والامساك صريحان فلا كلام في الصحة، وان قلنا انهما كنايتان فهل مع الاضافة الى النكاح يصيران صريحين أم لا ؟ يحتمل ذلك لافادتهما معنى الصريح قطعاً فيكونان مرادفين له، ويحتمل العدم لان الاسباب متلقاة من الشرع ولم يرد ذلك .

---

١) سورة اليقرة : ٢٢٨ .

٢) سورة البقرة : ٢٢٩ .

ولو أنكر الطلاق كان رجعة .

ولا يجب في الرجعة الاشهاد بل يستحب .

ورجعة الاخرس بالاشارة ، وفي رواية بأخذ القناع .

ولو ادعت انقضاء العدة في الزمان الممكن قبل .

الخامس : تزوجت فلانة أونكحتها أوتزوجتك اونكحتك ، في كون ذلك صريحاً اشكال من صلوحية ذلك لابتداء النكاح فالرد اليه أولى ،لان القول ايجاد معدوم والثاني ادامة موجود، ومن انه انما يواجه به الاجنبية والرجعة للزوجة، ولان التزويج يشترط فيه الرضا من الزوجة ، والرجعة لايشترط فيها ذلك فتغايرا .

والاجود أن جميع ذلك رجعة، لدلالة الكل على ارادة النكاح.

والثاني كل فعل يدل على ارادة النكاح كالوطيء والقبلة واللمس بالشهوة لكن مع صدوره عن قصد ، فلووطيء نائماً أوظنها غيرها لم تكن رجعة .

قوله : ولو انكر الطلاق كان رجعة

علله المصنف في الشرائع[1] بأنه يتضمن التمسك بالزوجية .

ان قلت : انه صريح في تكذيب من شهدبه فلايكون رجعة .

قلت : أجيب بأن انكاره لوقوعه ارادة لابطال حكمه .

قوله : ورجعة الاخرس بالاشارة ، وفي رواية بأخذ القناع

هذه رواية السكوني عن الصادق عليه السلام[2] ، وقد تقدمت وذلك غير مناف للاشارة كما قدمنا من قبل.

---

١) الشرائع ١٩٨/٢ .

٢) التهذيب ٧٤/٨ ، الاستبصار ٣٠١/٣ ، الكافي ١٢٨/٦ .

المقصد الرابع : فى العدد ، والنظر فى فصول :

(الاول) لاعدة على من لم يدخل بها عداالمتوفى عنها زوجها.

ونعنى بالدخول الوطء قبلا أودبراً ، ولاتجب بالخلوة .

(الثانى) فى المستقيمة الحيض ، وهى تعتد بثلاثة أطهار على الاشهر اذا كانت حرة . وان كانت تحت عبد.

قوله : المقصد الرابع فى العدد ـ الى آخره

العدد جمع عدة، وهي شرعاً زمان مقدر يقتضيه رفع النكاح بعقد اما بالموت فمطلقاً أوبغيره فبعد الدخول اووطىء غيرمحرم ظاهراً لاجنبية ، ولها احكام :

« ١ » ـ أنه يحرم فيها على المرأة نكاح غيرمن هي عنه .

« ٢ » ـ أنها ان كانت رجعية ملك الزوج فيها الرجعة .

« ٣ » ـ أن وجوبها اما تعبد محض كعدة غير المدخول بها في الوفاة أو تعبد واستبراء ، وهو أقسام : « ١ » ما يكون الاستبراء فيه أقوى وهوما اذا كانت بالحمل، «ب» مايستويان فيها وهوماكان بالاقراء، « ج » مايضعف فيه الاستبراء وهوما يكون بالشهور لمن لايجوز حبلها .

قولـه : ولاتجب بالخلوة

خلافاً للشيخ في بعض كتبه اعتماداً على رواية ابن بكيروهي ضعيفة، وعمل الاكثرعلى ماذكره المصنف ، وسنده رواية ابن ابى عمير وغيرها . وقد تقدم تحقيق القول في أن الدخول لايكفي فيه مجرد الخلوة .

قوله: الثانى مستقيمة الحيض، وهى تعتد بثلاثة اطهارعلى الاشهراذا كانت حرة وان كانت تحت عبد

هنا فوائد :

(الاولى) يريدبمستقيمةالحيض من ترى الدم في سن تحيض ولها عدة مستقرة،

وقد تقدم بيان ذلك . ويحترز بذلك عن المضطربة ، فانها مع استمرار الدم تعمل على التمييز ومع تعذره ترجع الى عادة نسائها وتجعل ذلك عدة لها وزمان الاستحاضة طهر فتجعله عدة ، ومع عدم النساء أواختلافهن تعتد بالاشهر .

(الثانية) دلت الاية الكريمة على الاعتداد بثلاثة اقراء. وكأن القرء لغة يطلق تارة على الطهر وتارة على الحيض لاشتراك بينهما، فاختلفت الصحابة والفقهاء في المراد من الاية ، فقال اكثر أصحابنا انه الطهر اعتماداً على روايات كثيرة كرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: الاقراء هي الاطهار[1]، ومثله رواية محمد ابن مسلم عنه عليه السلام[1] وغير ذلك . وهو مذهب مالك والشافعي واحمد .

وفي رواية عبدالله بن مسكان والحلبي عن الصادق عليه السلام انه الحيض فجمع المفيد بين الروايات بأن الطلاق ان وقع في أول الطهر فالعدة بالاطهار وان وقع في آخره فالعدة بالحيض . واستحسنه الشيخ .

وليس بشيء، فانه لادلالة في الروايات على ذلك، فالاولى حمل الروايتين على التقية ان صحتا ، فان مذهب ابى حنيفة وابى يوسف والثوري والاوزاعي أن القرء الحيض . ويبطل ذلك قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن »[2] أي في وقت عدتهن ، كقوله « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة »[3] أي في يوم القيامة .

والطلاق في الحيض ليس بمأمور به اجماعاً لتحريمه، واتيانه بالهاء في ثلاثة وهو يختص بالمذكر والطهر مذكر والحيضة مؤنثة . وقد بينا في كنز العرفان[4] تحقيق القول في ذلك .

---

١) راجع الوسائل ٤٢٤/١٥ .

٢) سورة الطلاق : ١ .

٣) سورة الانبياء : ٤٧ .

٤) كنز العرفان ٢٥٥/٢ .

وتحتسب بالطهر الذى طلقها فيه، ولــو حاضت بعد الطلاق بلحظة .

(الثالثة) ان ما ذكرناه مــن ثلاثة الاطهار اذا كانت المرأة حرة سواء كان زوجها حراً أوعبداً ، أما الامة فعدتها طهران وان كان زوجها حراً ، وعلى ذلك الاجماع .

قوله : وتحتسب بالطهرالذى طلقها فيه ولوحاضت بعد الطلاق بلحظة

قال الشيخ في المبسوط[1] : اذا قال لها « أنت طالق » ثم حاضت عقيب هذا اللفظ فهذا عند بعضهم طلاق محرم ولا يعد ما بعده قرألانه صادف الطلاق حالة الحيض ، وقال بعضهم يكون مباحاً لانه وقع في حال الطهر . ويقوى في نفسي أن الطلاق يقع ، لانه وقع فـي حال الطهر ، الأأنه لايعتد بالطهر الذي يلي الحيض ، لانه ما بقي هنا جزء يعتد به .

قال ابن ادريس[2] : قوله «الأأنه لايعتد بالطهر الذي يلي الحيض» عجيب ، وكيف لايعتد به وهوأول أقرائها. وقوله «لانه ما بقيهنا جزء يعتد به» مناقضة .

واعتذر العلامة[3] للشيخ بأن الضمير في «يلي» محذوف ، أي يليه الحيض ويكون معنى يلي يتعقب حينئذ .

قلت: ويمكن أنيكون معناه ليس كما ظناه، بل معناه يلاصقه ويلاقيه، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : كل مما يليك[4]. وحينئذ يكون كلام الشيخ صحيحاً وقوله «لانه ما بقي جزء» قرينة دالة على ذلك، فلاوجه لكلام المورد ولاحاجة الى عذر المعتذر.

---

١) المبسوط ٥/٢٣٥ .

٢) السرائر : ٣٤٣ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٦٦ .

٤) صحيح البخارى ٢/٨١٠ ، سنن الترمذى ٤/٢٨٨ ، سنن ابن ماجة ٢/١٠٨٧.

وتبين برؤية الدم الثالث .

وأقل ماتنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وليست الاخيرة من العدة بل دلالة الخروج .

قوله : وتبين برؤية الدم الثالث

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف[1] ، وقال في المبسوط[2] قال قوم لاتبين الابعدانقضاء أقل ايام الحيض. ثم اختار فيه أنه ان سبق لها عادة مستقيمة فالانقضاء بأول الدم وان لم يسبق فالانقضاء بمضي الثلاثة وجعلها من العدة .

واختار ابن ادريس[3] هذا التفصيل مفتياً بـه محتجاً باختلاف الروايات ، ولاوجه لذلـك الاالتفصيل المذكور والفتوى على ما قاله فـي النهاية . لكن التحقيق أنه ان لم يسبق لها عادة فلايعلم الانقضاء الابمضي الثلاثة ويكون ذلك كاشفاً عن الانقضاء بأول الدم ، وليس هذا تفصيل ابن ادريس . فتدبره .

نعم قال الشيخ في بعض كتبه : ان الانقضاء وان حصل لكن يستحب لهـا ترك التزويج حتى تغتسل. قال: وهومذهب الحسن بن سماعة وعلي بن ابراهيم وأما جعفربن سماعة فانه ذهب الى الانقضاء بأول الدم لكن لايحل لها التزويج عنده الابعد الغسل . والحق أن ذلك على الكراهية ، ومنشأ الخلاف في ذلك اختلاف الروايات .

قوله : وأقل ما تنقضي به عدتها ستة وعشرون يوماً ولحظتان

كذا ذكر الشيخ[4] ، وبيانـه : أن ترى الدم بعد الطلاق بلحظة ثلاثة أيام،

---

١) النهاية: ٥٣٢ ، الخلاف ٥١/٣ .

٢) المبسوط ٢٣٥/٥ .

٣) السرائر : ٣٦٣ .

٤) المبسوط ٢٣٦/٥ ، الخلاف ٥١/٣ .

(الثالث) فى المسترابة : وهى التى لاتحيض ، وفى سنها من تحيض ، وعدتها ثلاثة أشهر .

ثم تطهرعشرة أيام، ثم تحيض ثلاثة ، ثم تطهر عشرة ، ثم ترى الدم الثالث .

فأول لحظة تراه تعلم انقضاء العدة، لكن هل هي من العدة أم لا؟ يظهر من كلام الشيخ الاول ، وقال المرتضى وابن ادريس[1] وابن الجنيد بالثاني . وتظهر الفائدة فى مواضع :

الاول : لووقعت الرجعة فيها ، فعند الشيخ يصح وعند غيره لا .

الثانى : لوتزوجت فيها ، فعند الشيخ لايصح وعند غيره يصح .

الثالث : لومات أحدهما فيها ، فعند الشيخ يتوارثان وعند غيره لا . الى غيرذلك من الفوائد .

قوله: الثالث فى المسترابة وهى التى لاتحيض وفى سنها من تحيض وعدتها ثلاثة اشهر

الذي يقتضيه التفقه أن من تعتد بالاشهر أربع :

« ١ » - من هي في سن من تحيض ولايجيئها الدم أصلا .

« ٢ » - من تباعد حيضها فلم ترفي كل ثلاثة أشهر أوستة شهر أوسبعة الامرة .

« ٣ » - التي تأخرت حيضها عن عادتها شهراً فصاعداً .

« ٤ » - التي انقطع حيضها بسبب معلوم كالارضاع والمرض .

وعبارة المصنف لتفسيرالمسترابة لاتشمل الاالاولى، فان لم تكن المسترابة عنده الاالاولى كان ينبغي له ذكرالباقيات والايأتي بعبارة أعم .

---

١) السرائر : ٣٤٢ .

اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف في أن عدة المسترابة ثلاثة أشهر اذا لم تسبق حيضها عدتها، ومستنده قوله تعالى « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر»[1] ، والمعنى اذا يئسن من المحيض لانقطاعه ، و« ارتبتم » أي شككتم في عوده لكونهن في سن من تحيض فعدتهن ثلاثة اشهر .

(الثانية) الشهرحقيقة لغوية فيالعدة ما بين الهلالين ، فاذا وقع الطلاق في أول جزء منه ـ أعني حال رؤية الهلال ـ فلاخلاف أيضاً فيأن أول العدة ذلك وتبين برؤية الهلال الرابع .

(الثالثة) يطلق الشهرعرفاً على ما تقدم وعلى ثلاثين يوماً، فاذا وقع الطلاق بعد مضي شيء من الشهر بالمعنى الاول اختلف في كيفية اعتدادها ، فقيل تعتد بالشهربالمعنىالثاني، بأن تعد تسعين يوماً من حين طلاقها وهوقول بعض الشافعية وقيل تعتد بالشهربالمعنى الاول وتقضي ما فاتها من الشهرالاول فيالشهرالرابع واختاره ابوحنيفة ، وقيل بل يسقط اعتبار الهلال في الشهر الاول وتعتبربعده هلالين ثم تتم ثلاثين من الرابع، وبه قال الشيخ في الخلاف[2] وابن ادريس[3] والعلامة[4] .

وعليه الفتوى ، لان الشهر كما قلنا يصدق لغة وشرعاً على الهلالي ، لقوله تعالى « هي مواقيت للناس والحج »[5] ، وعرفاً على المعنيين، فاذا تعذراعتبار الاول اعتبرالثاني .

---

١) سورة الطلاق : ٤ .

٢) الخلاف ٥٣/٣ .

٣) السرائر : ٣٤٢ .

٤) القواعد ، المطلب الثاني من الفصل الثاني من المقصد الرابع في العدد .

٥) سورة البقرة : ١٨٩ .

وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتد بأسبقهما .

أما لورأت فى الثالث حيضة وتأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة أشهر .

وفى رواية عمار: تصبرسنة ثم تعتد بثلاثة أشهر .

(الرابعة) قوى الشيخ في المبسوط[1] قول ابى حنيفة ، وتظهر الفائدة بين القولين فيما اذا نقص الشهر الاول ، كما اذا كان الطلاق في العشرين من الشهر الاول ، فعلى قول الخلاف تضم الى التسعة المتخلفة أحداً وعشرين يوماً، وأما على قول المبسوط تضم عشرين لاغير .

قوله : وهذه تراعى الشهور والحيض وتعتد بأسبقهما

هذه عبارة وجيزة حسنة ، وهي اشارة الى قول الشيخ رحمه الله ، فانه لما ذكر الروايات الدالة على الأشهر قال : انها انما تعتد بثلاثة أشهر اذا مرت بها لاترى فيها الدم اصلا وانها تبين بذلك ، وأما اذا رأت الدم قبل انقضاء ثلاثة أشهرولو بيوم كان عدتها بالاقراء وان بلغ ذلك الى خمسة عشر شهراً ، لما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام حسناً قال : أمران أيهما سبق اليها بانت به المطلقة المسترابة التى تسترىب الحيض،ان مرت بها ثلاثة أشهربيض ليس فيها دم بانت بها[2] ـ الخ .

قوله : اما لورأت فى الثالث حيضة وتأخرت الثانية اوالثالثة صبرت تسعة اشهرلاحتمال الحمل ثم اعتدت بثلاثة اشهر ، وفى رواية عمار تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر

---

١) راجع المبسوط ٥/ ٢٣٩ .

٢) الفقيه ٣/ ٣٢٢ ، الاستبصار ٣/ ٣٢٤ .

ما اختاره المصنف هوقول الشيخ في الاستبصار[١] ، وأفتى به العلامة .

والمستند رواية سورة بن كليب عن الصادق عليه السلام[٢] .

وأما رواية عمار الساباطي فرواها عن الصادق عليه السلام[٢] أيضاً. وأفتى به الشيخ في النهاية على تقديرأن يتأخرعنها الدم الثالث، وحملها في الاستبصار على الاحتياط .

وهنا فائدة ، وهي: انها لوارتابت بالحمل بعد الطلاق هل حكمها حكم المسترابة اذارأت الدم في العدة ثم انقطع ؟ قال في النهاية نعم تصبر تسعة أشهرثم تعتد بثلاثة اشهر ، ومستنده رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام : اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظرتسعة أشهر فان ولدت والا اعتدت بثلاثة أشهر[٣] .

وقال ابن ادريس : لاحاجة الى ذلك، لسبق تسع بيض فحصل الغرض من العلم بفراغ الرحم، ولانه اما أن يظهرالحمل أولا فان كان الاول فعدتها بالوضع وان كان الثاني فقد دخلت الثلاثة في التسعة .

وأجاب العلامة بأن الاشهر التسعة للاستبراء فتجب العدة بعدها . وأيضاً الحمل قد يلبث سنة فيجب الصبر .

وفيه نظر ، فان العدة والاستبراء معناهما واحد لاتحاد الغاية من شرعهما والحكم لايتغيربتغير الالفاظ . واقول بلبث الحمل سنة متروك كما تقدم .

والتحقيق أن نقول: ان ادعى ابن ادريس الفرق بين العدة والاستبراء فالفرق

---

١) الاستبصار ٣/٣٢٣ .

٢) التهذيب ٨/١١٩ .

٣) التهذيب ٨/١٢٩ ، الكافي ٦/١٠١ ، الفقيه ٣/٣٣٠ ، وتمام الخبر : ثم قد بانت منه .

ولا عدة على الصغيرة ، ولا اليائسة على الاشهر .

ممنوع والافقوله غير بعيد ، لان العلم بالحمل وعدمه يحصل بدون التسعة فلاحاجة اليها، والرواية يمكن حملها على الاستحباب والاحتياط .

قوله : ولاعدة على الصغيرة ولااليائسة على الاشهر

هذا هو الاشهر بين الاصحاب ، وعليه دلت حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام[1] ، وموثقة عبدالرحمن عنه عليه السلام أيضاً[1]، ورواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[2] . وعلى ذلك أفتى الشيخان وابنا بابويه[3] والتقي والقاضي وسلار وابن حمزة وابن ادريس[4] .

وقال المرتضى عدتها ثلاثة أشهر، محتجاً بقوله «واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن »[5] أي لم يبلغن المحيض عدتهن ثلاثة أشهر حذف الخبر لدلالة ما تقدم. قال: والارتياب ليس في اليأس وعدمه بل في العدة ، لما روي أن ابي بن كعب قال: يا رسول الله ان عدداً من عدد النساء لم تذكر في الكتاب الصغار والكبار وأولات الاحمال فنزلت[6].

ولانه لو أراد الشك في ارتفاع الحيض لقال ان ارتبن، لان المرجع في الحيض

---

١) الكافي ٨٥/٦ ، التهذيب ١٣٧/٨ .

٢) التهذيب ١٣٨/٨ ، الكافي ٨٥/٦ .

٣) الخلاف ٥٠/٣ ، المبسوط ٢٣٤/٥ ، المقنعة : ٨٣ ، المقنع : ١١٦ .

٤) السرائر : ٣٣٨ .

٥) سورة الطلاق : ٤ .

٦) سنن البيهقي ٤١٤/٧ ، ، ٤٢٠ . وقال الرازي في التفسير الكبير ٣٥/٣٠ : وروى ان معاذبن جبل قال: يا رسول الله قد عرفنا عدة التي تحيض فما عدة التي لم تحض ــ الخ .

وفي حداليأس روايتان ، أشهرهما : خمسون سنة .

ولورأت المطلقة الحيض مرة ثـم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين .

اليهن ، وبرواية محمد بن مسلم صحيحاً عن احدهما عليهما السلام[1] ، ومثلها رواية ابى بصير[2] وتابعه ابن زهرة .

وأجيب عن الاول : أنه تأويل ، وليس بأولى من أن المراد فلم يحضن ، أي ارتفع حيضهن بسبب كالمرض والرضاع . ويجوز أن يكون بسبب الحمل ويكون الواو في « وأولات الاحمال » للحال ، أي وهن أولات الاحمال .

قلت: فيه نظر، لجواز أن يكون النفي للسلب لا للعدم، فان الاول أعم فائدة والواو حقيقة في العاطفة .

وعن الثاني : أنه لو كان الارتياب في العدة لقال ان جهلتم . لان أبياً لم يشك بل جهل ، ولم يسند اليهن لان اليأس هو ترجيح انقطاع الحيض على عدمه وهو مسند اليهن ، فلو اسند الارتياب اليهن لزم التناقض ، وهو ترجيح الانقطاع من حيث اليأس وعدمه من حيث الارتياب ، فان الارتياب هو الشك والشك لاترجيح فيه .

وحينئذ يكون المراد ان النساء اللائي حصل لهن الانقطاع وسألنكم عن ذلك ، اذ المرأة تكلف بعلها الاستفتاء غالباً أو تستفتيه ، فحصل لكم شك في كون الانقطاع لكبر أو لعارض فأفتوهن بالاعتداد بالثلاثة عملا بأصالة ذلك.

وعن الثالث : وهوالرواية بالحمل على التقية ، اذ هو مذهب المخالفين .

قوله : وفى حد اليأس روايتان اشهرهما خمسون سنة

---

١) الكافى ٦/٩٩ .

٢) الكافى ٦/٨٥ ، التهذيب ٨/١٣٨ .

ولو كانت لاتحيض الا فى خسمة أشهر أوستة اعتدت بالاشهر.

(الرابع) فى الحامل: وعدتها فى الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة، ولو لم يكن تاماً مع تحققه حملا.

ولو طلقها فادعت الحمل تربص بها أقصى الحمل.

هذه رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام[1]، والاخرى رواية[2] [بياض فى النسخ].

قوله: وعدتها فى الطلاق بالوضع ولو بعد الطلاق بلحظة ولو لم يكن تاماً مع تحققة حملا

هنا فوائد:

(الاولى) كون عدة الطلاق وضع الحمل قل الزمان أو كثر هو المشهور بين الاصحاب بل هو المجمع عليه اليوم، ومستندد قوله تعالى «وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن»[3] و« ان » مع الفعل في تأويل المصدر، أي وضع حملهن، وهو نص في الباب. ومثله رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[4].

(الثانية) ذهب الصدوق وابن حمزة الى أن عدة الحامل في الطلاق أقرب

---

١) الكافى ٦/٨٥.

٢) والظاهر هى روايته التى رواها فى الوسائل ٢/٥٨١، ١٥/٤٠٩، التهذيب ٧/٤٦٩: عن عبدالرحمن بن الحجاج قال: سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول: ثلاث يزوجن على كل حال التى قد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض. قلت: ومتى تكون كذلك؟ قال: اذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض. الخ.

٣) سورة الطلاق: ٤.

٤) راجع الوسائل ١٥/٤١٧ ففيه اخبار فى الموضوع عن اصحاب الائمة عليهم السلام الاعن عبدالله بن سنان.

ولو وضعت توأماً بانت بـه على تردد ، ولاتنكح حتى تضع الاخر .

ولوطلقها رجعياً ثم مات استأنفت عدة الوفاة .

ولو كان بائناً اقتصرت على اتمام عدة الطلاق .

الاجلين من وضع الحمل وثلاثة الأشهر ، وحكاه ابن ادريس ، وحكاه أيضاً المرتضى الا أنه أقرب الاجلين من الوضع والاقراء الثلاثة بناء على أن الحامل ترى الدم .

والقولان محجوجان بالاية، فان المبتدأ والخبرمع كونهما معرفتين يفيدان الحصر ، مع أنه تعالى بعد ذكر الاشهر ذكر الحامل وان أجلها الوضع ، والتفصيل يقطع الشركة .

(الثالثة) الحمل الموضوع لايشترط أن يكون تاماً بالاجماع . نعم عند المخالفين يشترط مضي ثمانين يوماً من حين الوطىء ، واختاره الشيخ في المبسوط ، لعدم النص فيه وتبعه القاضي .

وقال ابن الجنيد أقله ستون يوماً لصيرورته مضغة حينئذ ، وقال ابن حمزة أربعون ، واختاره العلامة لصيرورته علقة وذلك مبدأ خلقة آدمي .

وهو قوي ، الا أن ماذكره الشيخ أحوط ، لتحقق صورة الانسان حينئذ ، والمبدأية غير كافية والا لكفت النطفة لانها مبدأ أيضاً ، لكنها غير كافية اجماعاً ، وانما الاعتبار بصدق الحمل ، وانما يصدق حقيقة بعد التخلق ، فلذلك قال المصنف مع تحققه حملا .

قوله : ولـو وضعت توأماً بانت به على تردد، ولا تنكح حتى تضع الاخر .

أتأمت المرأة اذا وضعت اثنين في بطن ، فهي متئم . فاذا كان ذلك عادتها فهي متآم والولدان توأمان، يقال هذا توأم. هذا على فوعل، وهذه توأمة والجمع توائم مثل قشعم وقشاعم وتؤام أيضاً .

اذا عرفت هذا فلا خلاف أنها لاتنكح حتى تضع الولد الاخير ، ولكن هل تبين بوضع الاول أم لا ؟ قال الشيخ في النهاية[1] نعم ، وتبعه القاضي وابن حمزة، والمستند رواية عبدالرحمن بن عبدالله البصري عن الصادق عليه‌السلام قال: تبين بالاول ولا تحل حتى تضع ما في بطنها[2]. وفي طريقها الحسن وجعفر ابنا سماعة وهما واقفيان .

وقال في الخلاف[3]: لاتنقضي عدتها حتى تضع الثاني منهما ، وهو قول عامة أهل العلم .

وأما ابن الجنيد فقال : تنقضي عدتها بوضع أحدهما وسكت عن جواز التزويج. والمصنف تردد، لما تلونا من الخلاف وعدم النص الصريح في ذلك.

والحق ماقاله في الخلاف ، وبه أفتى ابن ادريس[4] والعلامة ، لانها اذا لم تضع الاخير صدق عليها أنها لم تضع حملها فلا تدخل تحت عموم « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن »[5].

اذا تقرر هذا فهنا فوائد :

---

١) النهاية ٥٣٤ ، قال فيه: وان كانت حاملا باثنين ووضعت واحداً فقد ملكت نفسها غيرانه لايجوز لها أن تعقد على نفسها الابعد وضع جميع ما في بطنها .

٢) الكافي ٨٢/٦ .

٣) الخلاف ٥٣/٣ .

٤) السرائر: ٣٣٨ ، القواعد ، الشرط الثاني من الفصل الثالث من المقصد الرابع في العدد من كتاب الطلاق .

٥) سورة الطلاق : ٤ .

(الخامس) فـي عدة الوفاة : تعتد الحرة بأربعة أشهر وعشرة أيام اذا كانت حائلا ، صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أولم يدخل. وبأبعد الاجلين ان كانت حاملا .

(الاولى) تظهر فائـدة الخلاف في وجـوب النفقة على الزوج فيما بين الوضعين وفي حصول الرجعة أو الموت قبل الوضع ، فان النفقة لاتجب على قول النهاية ولا تقع الرجعة ولا يحصل التوارث، وعلى قول الخلاف بالعكس من ذلك .

(الثانية) قيد في الخلاف أن يكون بين الوضعين أقل من ستة أشهر . وهو حسن ، لامكان تجدد الثاني فلا يشمله اسم الحمل الذي وقع فيه الطلاق .

(الثالثة) لافرق بين كون الحمل اثنين أو اكثر ، فانها لاتبين ولا تنـكح حتى تضع الأخير.

قوله : تعتد الحـرة بأربعة اشهر وعشرة ايام اذا كانت حائلا صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل

هذا مما لاخلاف فيه لنص القرآن على ذلك، واتفق أصحابنا وكافة الفقهاء الا الاوزاعي على أنها تنقضي عدتها بغروب الشمس من اليوم العاشر ، وقال الاوزاعي بطلوع فجره ، محتجاً بحذف التاء من عشر .

واجيب : بالاجماع على خلافه ، والحذف جرياً على عادتهم من التعبير بالليالي ، لانها غرر الشهور والايام ، ولذلك لايستعملون التذكير في مثله ، بل يقولون صمت عشراً مع أن الصوم نهاري .

قوله : وبأبعد الاجلين ان كانت حاملا

الاجلان هما وضع الحمل أو انقضاء الاربعة الاشهر والعشر، أيهما تأخر كان هو العـدة . وعلى ذلك اجماع أصحابنا ، وهـو قول علـي عليه السلام

ويلزمها الحداد وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حداد على أمــة .

(السادس) في المفقود : لاخيار لزوجته ان عرف خبره أو كان له ولي ينفق عليها .

وابن عباس .

وقال الفقهاء عدتها بوضع الحمل ، لعموم « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » .

قلنا : يعارض ذلك عموم « والذين يتوفون منكم ويـذرون أزواجاً »[1] ، فالحامل كما تدخل في الاولى فهي داخلة في الثانية فلا وجه للجمع الا القول بأبعد الاجلين . ولانه أحوط .

ولنا انتقول أيضاً: ان آية الوضع مختصة بالمطلقات لذكرها بعد الطلاق فلا تشمل عدة الوفاة .

قوله : ويلزمها الحداد ، وهو ترك الزينة دون المطلقة ، ولا حـداد على الامة

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري : أحدت المرأة أي امتنعت من الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها ، و كذلك حدت تحد وتحد بضم الحاء و كسرها حداداً وهـي حاد . ولم يعرف الاصمعي الا أحدت فهي تحد .

(الثانية) المراد شرعاًترك الحلي [التحلي ن] والتطيب والتزين في البدن والثياب ، ويرجع في تفصيل ذلك الى العرف ، فيجب تـرك الذهب والفضة

---

١) سورة البقرة : ٢٣٤ .

واللؤلؤ وسائر أنواع الطيب والخضاب والاسفيذاج في الوجه والوسمة والكحل الاسود والدهن في الرأس مطلقاً والطيب في البدن ولبس المصبغات الا الاسود والازرق وترك الحرير وفاخر الثياب ، الى غير ذلك .

ولا يحرم التنظيف ودخول الحمام والسواك وتقليم الأظفاروتسريح الشعر ولا سكنى المواضع الطيبة ولا الجلوس على الفرش النفسية .

(الثالثة) انما يجب الحداد في عدة الوفاة، وعليه اجماع العلماء . وخلاف الشعبي والحسن البصري لااعتبار به ، لسبق الاجماع عليهما وحصوله بعدهما ولا يجب في شيء من العدد غيرها .

(الرابعة) لاخلاف فيوجوبه على الحرة الكبيرة ، واختلف فيالصغيرة : فمنعه ابن ادريس[1] لانه تكليف ولا تكليف عليها ، وأوجب الشيخ [2] في المبسوط والخلاف علىالولي تجنيبها مايجب علىالكبيرة مستدلا بعموم الخبر وبالاحتياط، وبرواية ام سلمة ان امرأة اتت النبي « ص » فقالت: ان ابنتي توفي عنهازوجها وقد اشتكت عينها فأكحلها. فقال: لا[3]. ولم يستفصل حالها أصغيرة أم كبيرة ،وترك الاستفصال في البيان يدل على العموم .

وتبعه القاضي ، ولا شك انه أحوط .

(الخامسة) اختلف في وجوبه على الامة ، نفاه الشيخ في النهاية[4] وتبعه القاضي، وهومذهبابن الجنيد ومتقدمي أصحابنا. واختاره المصنف والعلامة[5]، لاصالة عدم الوجوب ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام: ان الحرة والامة

---

١) السرائر : ٣٤٠ .

٢) المبسوط ٥/٢٦٥ ، الخلاف ٣/٥٩ .

٣) راجع الخلاف ٣/٥٩ ، وفيه « ولم يسأل » بدل « ولم يستفصل » .

٤) النهاية : ٥٣٧ .

٥) القواعد ، الفرع الرابع من الفصل الرابع في عدة الوفاة .

ثم ان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين. فان وجده والا أمرها بعدة الوفاة ثم أباحها النكاح . فان جاء في العدة فهو أملك بها .

كلتيهما اذا مات عنهما زوجاهما في العدة سواء الا أن الحرة تحد والامة لا تحد[1] .

وأوجبه في المبسوط ، واختاره ابن ادريس محتجاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لاتحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشراً[2].وهي رواية ام حبيبة وزينب بنت جحش وهو عام .

أجيب بضعف الرواية : أما أولا فلارسالها ، وأما ثانياً فلكونها ليست من طريقنا ، وأما ثالثاً فلضعف دلالتها اذ هي مطلقة وروايتنا مفصلة .

قوله : ثم ان فقد الامران ورفعت أمرها الى الحاكم أجلها اربع سنين ، فان وجده والا امرها بعدة الوفاة ثم اباحها النكاح

هنا فوائد :

(الاولى) المراد بالامرين أن تعرف خبره أويكون له ولي ينفق عليها .

(الثانية) التأجيل المذكور يتعلق بالحاكم فلا يجوز من غيره ، ومبدؤه من حين الرفع اليه لامن وقت انقطاع الخبر .

(الثالثة) الاعتداد لابد فيه من أمر الحاكم ، فلا يكفي اعتدادها بعد المدة من دونه .

---

١) التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٢٤٧/٣ ، الكافي ١٧٠/٦ .

٢) راجع سنن ابن ماجة ٦٧٤/١ .

(الرابعة) هل يجب على الحاكم بعد الاجل الطلاق قبل العدة أم لايجب؟ قال ابن الجنيد وابن بابويه في المقنع[1] وابن حمزة نعم استناداً الى رواية عمر ابن أذينة عن بريد العجلي عن الصادق عليه السلام[2]، ورواية الحلبي أيضاً عنه عليه السلام[3].

ولم يذكره الشيخان والقاضي وابن ادريس ، بل اقتصروا على ضرب الاجل والامر بالاعتداد ، لرواية محمدبن يعقوب عن سماعة[4].

والاقرب الاول ، لما ذكرنا من الرواية الصحيحة ، ولانه احتياط حسن ، لانه ان كان ميتاً لم يضر الطلاق وان كان حياً تحقق سبب الفرقة ، لان الحاكم قائم مقامه ، فلا منافاة حينئذ بين الطلاق وعدة الوفاة ، لان الاحتياط يعمل فيه بالاحتمالات وان كانت مرجوحة لتحصيل يقين البراءة .

(الخامسة) الرفع الى الحاكم والاعتداد ليس واجباً على الفور عقيب انقطاع الخبر، بل لوصبرت مدة ثم رفعت أمرها فعل معها ذلك ، وكذا الاعتداد بعد الرفع والضرب . نعم الترتيب واجب .

(السادسة) ان قلنا ان عدة الوفاة فيها انفاق وجب هنا، وان لم نقل ـ وهو الحق وعليه الفتوى ـ فلا نفقة لها على الغائب ولا غيره . نعم هل ترجع عليه بالنفقة لوحضر في العدة ؟ اشكال من كونها عدة بينونة فلا نفقة ومن كونها في حباله ولا نشوز منها فتجب النفقة . وهو الاولى، وهل عليها الحداد اشكال من كونها عدة وفاة فتجب، ومن أصالة البراءة وعدم يقين الموت الذي هوالسبب

---

١) المقنع : ١١٩ .
٢) الفقيه ٣٥٤/٣ .
٣) الكافى ١٤٧/٦ .
٤) الكافى ١٤٨/٦ .

وان خرجت وتزوجت فلاسبيل له .

وان خرجت ولم تتزوج فقولان ، أظهرهما : أنه لاسبيل لـه عليها .

وانما وجبت احتياطاً . والاجود الاخير .

قوله : وان خرجت ولم تتزوج فقولان اظهرهما انه لاسبيل له عليها

قال الشيخ في الخلاف والنهاية[1] والقاضي هو أولى بها، وقال في المبسوط[2] وسلار وابن ادريس لاسبيل له عليها ، لانها بانت منه والا لما جاز نكاحها.

والتحقيق هنا أن نقول : ان وجب الطلاق على الحاكم قبل العدة فالحق الثاني، وان لم يجب كان الاول أولى. وحينئذ يرد على المصنف أنه لم يشترط الطلاق ، فلا يكون الاشبه أن الزوج أحق بها ، لبطلان ظن موته وعدم وقوع الطلاق .

لكن الحق ما اختاره المصنف والعلامة[3] ، وهو أنه لاسبيل له عليها : اما على الطلاق فظاهر، وأما على عدمه فلان حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق.

لايقال : ان كانت العدة عدة بينونة فلا سبيل له عليها ، وان جاء في العدة لكن الاجماع على خلافه، وان لم يكن بطل قولكم انها عدة بينونة، لانا نختار أنها عدة بينونة ، ولا ينافي ذلك أحقيته بها في العدة لانقلابها رجعية كما في العدة المختلعة مع رجوعها في البذل فيها فان له الرجوع ، فكذا هنا .

اذا عرفت هذا فقال العلامة في القواعد والتحرير لوطلقها الغائب أوظاهر منها أوآلى وقع الجميع وان كان في العدة ، وكذا لومات أحدهما فيها توارثا.

---

١) الخلاف ٣/٦١ ، النهاية : ٥٣٨ .

٢) المبسوط ٥/٢٧٩ .

٣) القواعد، الفرع الثاني من الفصل الخامس من المقصد الرابع من كتاب الطلاق.

(السابع) فی عدد الاماء والاستبراء :

عدة الامة فی الطلاق مع الدخول قرءان ، وهما طهران على الاشهر .

وهذا يتم اذا قلنا انها عدة رجعية أو لها حكم الرجعية والا فلا يتم .

قوله : السابع فی عدة الاماء والاستبراء

يقال استبرأت الجارية واستبرأت ماعندك واستبريت أيضاً ، وكلاهما يحتمل أن يكون من السبر ، يقال سبرت الجرح أسبره اذا نظرت ما غوره ، وكل امر رزته فقد سبرته . ويحتمل ان يكون من السبور وهو التجربة والاختبار[1].

وشرعاً هو تربص بسبب ملك حدوثاً وزوالاً ، والاصل فيه أن منادي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نادى بعد سبى أوطاس : لاتوطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض[2]. ومن ثم كان الاستبراء بالحيض والعدة بالاطهار.

قوله : عدة الامة فی الطلاق مع الدخول قرءان ، وهما طهران على الاشهر

لاحاجة الى قوله « مع الدخول » ، لما تقدم أنه لاعدة على من لم يدخل ، لكنه من طغيان القلم .

والقرء مفتوح القاف ولم نسمع ضمه . ولا خلاف أن عدتها في الطلاق

---

١) استبرأ وهو من الاستبراء من البرأ والبراءة وهو لغة : طلب البراءة . ومنه استبراء الرجل الجارية المشتراة أو المسبية ، واستبراء الرحم من الحيض . والاستبراء فی الاستنجاء هو استنقاء المخرج من البول ، ويكون السبر من هذا الباب : الاستسبار ولم اجده من هذا الباب فی اللغة . نعم جاء من الافتعال « الاستبار » وهو الامتحان والاختبار .

٢) سنن ابی داود ٢٤٧/٢ و ٢٤٨ .

مع عدم الحمل وعدم الاستبراء قرءان ، وهومنقول عن علي عليه السلام وكفى بذلك حجة. ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين الا داود ، فانه جعل عدتها ثلاثة أقراء، وهومسبوق بالاجماع وملحوق به ومحجوج بقول علي عليه السلام، فان الحق معه يدور حيث ما دار .

نعم اختلف هل هما طهران أو حيضان : فقال ابن الجنيد بالثاني معتمداً على رواية محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام قال : طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان[1]. ومثله رواية سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام[2] .

والاكثر على الاول، ولم أقف على رواية تدل على ذلك في الامة ،وحينئذ كان ينبغي للمصنف أن يقول على الاشبه لا الاشهر ، فانه خلاف اصطلاحه .

وقال ابن ابى عقيل : انها طهران وحيضة مستقيمة ، فاذا رأت الدم في الحيضة الثانية فقد حلت للازواج . فان أراد بالحيضة كمالها فكلا القولين واحد، لان الحيضة الثانية اذا كان لابد منها لم يبق فرق بين الطهرين والحيضين على قوله .

نعم تظهر الفائدة بعد اللحظة الاولى من الحيضة الثانية، فان جعلنا القرأين طهرين فقد انقضت عدتها والا لم تنقض الا عند اللحظة الاولى من الطهر الثالث ، فأقل عدتها على القول بأنهما طهران ثلاثة عشر يوماً ولحظتان ، وعلى القول بأنهما حيضتان ستة عشر يوماً ولحظة سابقة على ذلك ولحظة أخرى هي أول الحيضة الثانية وأول الطهر الثالث . وقد عرفت الخلاف في أن اللحظة الاخيرة هل هي من العدة أم لا .

---

١) التهذيب ١٣٥/٨ .

٢) الكافى ١٧٠/٦ ، التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٣٤٨/٣ .

ولو كانت مسترابة فخمسة وأربعون يوماً ، تحت عبد كانت أوتحت حر .

ولو اعتقت ثم طلقت لزمها عدة الحرة ، وكذا لو طلقها رجعياً ثم اعتقت في العدة ، أكملت عدة الحرة .

ولو طلقها بائناً أتمت عدة الامة .

وعدة الذمية كالحرة في الطلاق والوفاة على الاشبه .

قوله : ولو كانت مسترابة فخمسة واربعون يوماً

هذا هو المشهور ، وعليه دلت رواية محمد بن الفضيل المتقدمة[1] .

وقال ابن الجنيد : لو اعتدت شهرين كان عندي أحوط ، فان استرابت بالحمل انتظرت ثلاثة أشهر .

قال العلامة : الوجه أنها مع الريبة تنتظر تسعة أشهر كالحرة لتساويهما في زمان الحمل ، وقد تقدم أنه لا حاجة الى هذه التسع، لان العلم بالحمل وعدمه لايتوقف على مضي أقصى غايته .

ولو قلنا بذلك في الحرة فلا تحمل الامة عليها ، بل يكتفي بثلاثة أشهر ، لانه بمضي ذلك تعلم الحمل ، فعدتها بوضعه او عدمه فعدتها بالاشهر .

قوله : وعدة الذمية كالحرة في الطلاق والوفاة على الاشبه

هذا هو المشهور والأشبه بأصول المذهب ، لدلالة العمومات القرآنية عليه من غير مخصص . وعلى ذلك دلت رواية ابن محبوب عن يعقوب السراج عن الصادق عليه السلام[2] . ووردت رواية أنها عدتها كالامة ، وهي متروكة .

---

١) قد مرت آنفاً .

٢) التهذيب ١٥٨/٨ ، الكافي ١٧٥/٦ .

وتعتد الامة من الوفاة بشهرين وخمسة أيام .

ولو كانت حاملا اعتدت مع ذلك بالوضع .

وأم الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرة .

ولوطلقها الزوج رجعية ثم مات وهى فى العدة استأنفت عدة الحرة .

ولولم تكن أم ولد استأنفت عدة الامة للوفاة .

قوله : وتعتد الامة فى الوفاة بشهرين وخمسة ايام

هذا قول الشيخين[1] والتقي والقاضي وسلار وابن ابىعقيل وابنالجنيد، واختاره المصنف والعلامة[2] . والمستند رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[3] ، ورواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[3] .

وقال الصدوق[4] وابن ادريس[5] كالحرة ، مستدلين بعموم الكتاب ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام[6]. وقد تقدمت .

والجواب : الخاص مقدم كما تقرر في الاصول ، ويمكن حمل الرواية على أم الولد كما يجيء .

قوله : وام الولد تعتد من وفاة الزوج كالحرة

---

١) النهاية : ٥٣٦ ، المقنعة : ٨٤ .

٢) القواعد ، الفصل السادس من المقصد الرابع من كتاب الطلاق .

٣) راجع الوسائل ٤٧٣/١٥ .

٤) المقنع : ١٢١ ، قال فيه : وعدة ا.مة اذا توفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشراً وروى شهران وخمسة ايام .

٥) السرائر : ٣٣٩ .

٦) الكافى ١٧٠/٦ ، التهذيب ١٥٣/٨ ، الاستبصار ٣٤٧/٣ .

ولومات زوج الامة ثم اعتقت أتمت عدة الحرة، تغليباً لجانب الحرية.

ولو وطىء المولى أمته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة أقراء.

ولو كانت زوجة الحر أمة فابتاعها بطل نكاحه، وله وطؤها من غير استبراء.

هنا مسألتان:

(الاولى) لو زوج المولى أم ولده ثم مات زوجها فعدتها من موته أربعة أشهر وعشر. قاله الاكثر، والمستند رواية وهب بن عبد ربه عن الصادق عليه السلام[١]. وقيل بل عدتها على النصف كما تقدم لكونها أمة، وفتوى الشهيد[٢] على الاول.

(الثانية) لولم يزوجها ومات هو عنها. قال التقي عدتها كالزوجة الحرة، وهو ظاهر كلام ابن حمزة، واختاره الشهيد، والمستند رواية سليمان بن خالد صحيحاً عن الصادق عليه السلام الى أن قال: ان علياً عليه السلام قال في أمهات الاولاد: ولا تزوجهن حتى يعتددن أربعة أشهر وعشراً وهن اماء[٣].

ومنع ذلك ابن ادريس تمسكاً بالبراءة وعدم الدليل. قال العلامة في المختلف: لابأس بقوله، وحمل الرواية على ما اذا أعتقها السيد. والفتوى على قول التقي، لانه أحوط للبراءة.

قوله: ولو وطىء المولى امته ثم أعتقها اعتدت بثلاثة اقراء

---

١) الكافي ٦/١٧٢، التهذيب ٨/١٥٣، الاستبصار ٣/٣٤٨.

٢) راجع شرح اللمعة ٢/١٣١.

٣) الكافي ٦/١٧٠، التهذيب ٨/١٥٣.

(تتمـــة)

لايجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج الزوجة من بيته الاأن تأتى بفاحشة ، وهوما يجب به الحد .

وقيل أدناه أن توذى أهله .

كذا قال الشيخ[1] الا أنه قال «أوثلاثة أشهر»، يريد أنه لولم تكن مستقيمة الحيض اعتدت بالاشهر ، وهو مفهوم من كلام ابن حمزة أيضاً .

وقال ابن ادريس : لاعدة هنا لانه لاطلاق في البين، والدليل الشرعي انما دل على العدة في الطلاق ، فاثبات الحكم المذكور يفتقر الى دليل ولا دليل . اللهم الا أن يكون ثم اجماع فيكون هو الحجة .

والشيخ رحمه الله احتج برواية الحلبى عن الصادق عليه السلام قال: قلت له : الـرجل تحته السرية فيعتقها . فقال : لايصلـح لها أن تنكح حتى تنقضي عدتها ثلاثة أشهر ، وان توفي عنها مولاها فعدتها أربعة أشهر وعشر[2].

ورواية زرارة عن الباقر عليه السلام : الأمة اذاغشيها سيدها ثم أعتقها فان عدتها ثلاث حيض ، وان مات عنها فأربعة أشهر وعشر[3].

قوله : لايجـوز لمن طلق رجعياً ان يخـرج الزوجة من بيته الا ان تاتى بفاحشة ، وهو ما يجب به الحد ، وقيل ادناه ان تؤذى اهله

---

١) النهاية : ٥٣٦ .

٢) الكافى ١٧١/٦ ، التهذيب ١٥٦/٨ ، الاستبصار ٣٤٩/٣ .

٣) التهذيب ١٥٥/٨ ، الكافى ١٧١/٦ ، الاستبصار ٣٤٩/٣ .

ولاتخرج هى فان اضطرت خرجت بعدانتصاف الليل وعادت قبل الفجر .

هنا فوائد :

(الاولى) لايجوز للمطلق رجعياً اخراج المطلقة من البيت الذي طلقت فيه ، وكذا لايجوز لها هي أيضاً الخروج . ودليل الحكم في الموضعين قوله تعالـى « لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » [1] ، والاضافة في البيوت للملابسة والاختصاص نحو « جل الفرس » .

(الثانية) دل الاستثناء المذكور على اباحة الاخراج والخروج مع الفاحشة، وهي لغة ما يستنكر قولا كان أو فعلا ، وشرعاً فيه قولان :

أحدهما : انها الزنا أو ما يجب به الحد ، فتخرج لاقامته قاله الشيخان[2] والقاضي وابن الجنيد . ولم أقف له على مستند على الخصوص .

وثانيهما : أن تؤذيه أو تؤذي أهله ، وجعله في النهاية[2] رواية . وهو قول ابن مسعود والحسن وأحد قولي ابن عباس ، والاخر أنه كل معصية . والمنقول عن أئمتنا عليهم السلام أنه اذى لاهل الرجل وسوء خلقها . وروى الشيخ في الخلاف أن النبى « ص » أخرج فاطمة بنت قيس لما بدت على بيت احمائها وشتمتهم[3] .

وقال التقي : أيهما وقع منها جاز اخراجها . وهو المختار ، لما قلنا من معناها لغة ولقول ابن عباس الثاني. ولا ينافيه قول الصادقين عليهم السلام، لان

---

١) سورة الطلاق : ١ .

٢) المقنعة : ٨٣ ، النهاية : ٥٣٤ .

٣) الخلاف ٣/٥٨ .

ولا يلزم ذلك فى البائن ولا المتوفى عنها زوجها ، بـل تبيت كل واحد منهما حيث شاءت .

وتعتـد المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أوغائباً

ماذكروه أيضاً فاحشة ولا دليل على الحصر .

(الثالثة) اذا فعلت الفاحشة فأخرجت فان كان للاذى فلا يجب عليه ردها اجماعاً ، وان كان لاقامة الحد فأقيم هل يجب الرد؟ قال التقي وابن حمزة وابن زهرة نعم ، لقيام الدليل على وجوب السكنى مدة العدة خرج من ذلك زمان الاقامة فيبقى الباقي على وجوبه . وقال ابن ادريس لايجب ، لان الوجوب يفتقر الى دليل ولم يوجد. ولم يتعرض الشيخان لردها ، والاولى ما قاله التقي، ومع الرجوع يجب الانفاق عليها .

(الرابعة) لو تابت من الاذى هل يجب ردها ؟ الحق عدمه ، لعدم الوثوق ببقاء التوبة ، لانهن ناقصات عقل ودين وحظ . نعم يجوز الرد ، فان استمرت والا أخرجت .

(الخامسة) لو اضطرت الى الخروج لاقامة واجب أولدفع ضرر أولحصول أذى في البيت أو هدم أو غير ذلك من الضروريات جاز ، والحكم تابع للعلة وجوداً وعدماً .

قوله : ولا يلزم ذلك فى البائن ولا المتوفى عنها زوجها بل تبيت كل منهما حيث شاءت

هذا مما لم نسمع فيه خلافاً ، الا أن التقي قال : البائن لا تبيت خارجة عن دار سكناها . ولا أدري من أين أخذه .

قوله : وتعتد المطلقة من حين الطلاق حاضراً كان المطلق أوغائباً

اذا عرفت الوقت .

وفى الوفاة من حين يبلغها الخبر .

اذا عرفت الوقت، وفى الوفاة حين يبلغها الخبر

هـذا مذهب الشيخين[1] والقاضي وسلار وابـن حمزة ، لروايات كثيرة ، كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[2] صحيحاً، ورواية البزنطي عن الصادق عليه السلام[2] حسناً ، ورواية زرارة عـن الباقر عليه السلام صحيحاً[2] وغيرذلك .

ووجه الفرق بيـن الحكمين وجوب الحداد على المتوفـى عنهـا دون المطلقة .

وقال التقي : كلاهما تعتدان من حين بلوغ الخبر، لان العدة عبادة تحتاج الى النية .

وقال ابـن الجنيد : ان كانتا عالمتين بوقت الموت والطلاق فمـن ذلك الوقت والافحين بلوغهما الخبر ، فان كان قـد خرج وقت العدة عنهـا فلاعدة عليهـا ان كان يمكن علمهـا بذلك قبـل علمها ، وان كانت المسافة لايحتمل ذلك فمن يـوم بلوغهما الخبر . ومستنده أيضاً روايات . والفتوى والمشهور ما قاله المصنف .

نعم يفهم من كلام المصنف أنه اذا لم تعلما الوقت تكون عدتهما من حين بلوغ الخبر ، فيكون ذلك اختياراً لقول ابن الجنيد . وهو غيربعيد .

ثم ان بلوغ الخبرفي الوفاة لايشترط فيه قيام البينة العادلة حتىتجب عليها

---

١) النهاية : ٥٣٧ ، المقنعة : ٨٤ .

٢) الكافي ٦/١١٠ ، ١١١ وراجع الوسائل ١٥/٤٤٣ – ٤٤٥ .

كتاب الخلع والمباراة

والكلام فى العقد والشرائط واللواحق.

وصيغة الخلع أن يقول: خلعتك أوفلانة مختلعة على كذا .

العدة ، بل يكفي اخبار الواحد ، لان التكليف يكفي فيـه الظن . نعم لايجوز نكاحها الامع الثبوت الشرعى .

قوله :كتاب الخلع ١) والمباراة

يقال لهذاالايقاع افتداء[٢] وخلع: أما الاول فلقوله تعالى « فلاجناح عليهما فيما افتدت به »[٢]، كأنها لمكان كراهتها له مأسورة فافتدت منه بشيء. وأماالثاني فلانالخلع بفتح الخاء النزع، أعنيخلع الثوب، ولماعبرسبحانه عنالزوجين باللباس في قوله « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فكأنهما مـع هذا الفراق

١) قال فى الجواهر ٢/٣٣ : بضم الخاء، من الخلع بفتحها الذى هوبمعنى النزع لغة . وشرعاًازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة دون العكس، وكأنه لان كلا منهما لباس الاخر كما قال سبحانه « هن لباس لكم وانتم لباس لهن » البقرة ١٨٧ فخلعه اياها نزع منه لها ، والمخالعة بينهما تكون بذلك منه وبفدائها نفسها وكراهتها له .

٢) قال فى ايضاح الفوائد ٢٧٥/٣ ويسمى الخلع افتداء لان المرأة تفتدى نفسها من زوجها ببذله، والاصل فيه قوله تعالى « فان خفتم ألايقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به » البقرة ٢٢٩ .

وهل يقع بمجرده ؟ قال « علم الهدى » نعم. وقال « الشيخ »: لاحتى تتبع بالطلاق .

ينزع كل منهما صاحبه. والخلع بالضم اسم لهذا الخلع .

وعرفه العلامة في القواعد[1] بأنه ازالة قيد النكاح بفدية ، أي فدية لازمة لماهيته لئلايرد عليه الطلاق بعوض .

وأول خلع وقع في الاسلام خلع ثابت بن قيس زوجته جيبة بنت سهل على حديقة كان أصدقها اياها وكان ذلك بحضرة النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقال « ص » : هي واحدة[2] .

وهنا فائدة ، قال ابن الجنيد: يشترط في وقوعه حضور الحاكم الشرعي لقوله تعالى « فان خفتم ألايقيما حدود الله فلاجناح عليهما »[3] الاية . الخطاب للحاكم [للحكام ن] ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام : لايكون ذلك الاعند سلطان[4] .

وباقي الاصحاب لم يشترطوا ذلك، للاصل والاية خرجت مخرج الغالب فان الغالب تولي الحكام ذلك . والرواية متروكة الظاهر، لانعقاد الاجماع بعد ابن الجنيد على عدم الاشتراط .

قوله : وهل يقع بمجرده ، قال علم الهدى نعم، وقال الشيخ لاحتى يتبع بالطلاق

مع حصول البذل من الزوجة أووكيلها ليخلعها يقول الزوج أووكيله فوراً

---

١) القواعد ، الباب الثانى من كتاب الطلاق فى الخلع .

٢) سنن ابى داود ٢٦٨/٢ ، وليس فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم: هى واحدة.

٣) سورة البقرة: ٢٢٩ .

٤) التهذيب ٩٨/٨ ، الاستبصار ٣١٨/٣ .

« فلانة أوزوجتي على ما بذلت مختلعة » . وهل يكفي هذا أو لابد مـن اتباعه بالطلاق فيقول « فهي طالق » ؟ قال المرتضى وابن الجنيد وابن ابى عقيل وابن بابويه وسلار وابن حمزة بالاول ، لوجوه : الاول ما تقدم من قول النبى صلى الله عليه وآله في خلع ثابت بن قيس : هى واحدة . الثاني رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام أنه قال : خلعها طلاقها . الثالث رواية زرارة ومحمد بـن مسلم عن الباقر عليه السلام : الخلع تطليقة بائنة .

وقال الشيخ[1] بالثاني ، قال : وهومذهب جعفروالحسن ابنا سماعة وعلي ابن رباط وابن حذيفة من المتقدمين وعلي بن الحسين مـن المتأخرين. وتبعه القاضي، وهوظاهر كلام التقي وابن ادريس لوجهين: الاول ما رواه موسى بن بكرعن الكاظم عليه السلام قال : المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها[2]. الثاني ان الخلع قابل للشرط مثل قوله «ان رجعت فيمابذلت فأنا أملك بنفسك» وكلما كان قابلا للشرط لاتقع به البينونة كالطلاق .

وأجابوا عن الروايات المذكورة بحملها على التقية ، لانه مذهب العامة ، لما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال: ما سمعت مني يشبه قول الناس فيه التقية ، وماسمعت مني لايشبه قول الناس فلاتقية فيه[3] . والقول بأنه لايشترط اتباعه بالطلاق يشبه قول الناس فيكون تقية .

أجاب الاولون عن الاولى : بأن موسى بن بكرواقفي ، وفي طريقها ابن فضال وهوواقفي أيضاً. ولوسلمتفتحمل على جواز ايقاع الطلاق بعد المراجعة وبعد الخلع من الثلاث ، فيكون عليهم لالهم .

---

١) النهاية ٥٢٨ ، قال فيه: الخلع والمباراة مما يؤثران فى كيفية الطلاق ، وهوأن كل واحد منهما متى حصل مع الطلاق كانت التطليقة بائنة .

٢) التهذيب ٨/٩٧ ، الاستبصار٣/٣١٧ .

٣) التهذيب ٨/٩٨ ، الاستبصار ٣/٣١٨ .

ولوتجرد كان طلاقاً عند « المرتضى » ، وفسخاً عند «الشيخ» لوقال بوقوعه مجرداً .

وما صح أن يكون مهراً ، صح فدية فى الخلع ، ولا تقدير فيه ، بل يجوز أن يأخذ منها زائداً عماوصل اليها منه .

ولابد من تعيين الفدية وصفاً أواشارة .

أمـا الشرائط : فيعتبر فــى الخالع البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد .

وعن الثانية: بالمنع من كون ما ذكره شرطاً مانعاً ، لانه مقتضى الخلع ، ومقتضى الشيء لاينافيه . سلمنا لكن نمنع من كونه كالطلاق بعد المراجعة في عدم البينونة ، اذ هوعين النزاع .

وعن الثالثة ـ وهو الحمل على التقية ـ بالمنع ، لعدم التعارض ، لما عرفت من ضعف المتمسك لما عرفت ، وليس في رواية زرارة دلالة على أن جميع مايسمع منه مشابهاً لقولهم تقية . وهوظاهر ، لقوله « فيه التقية » والالزم مخالفته للعامة في كل الاحكام ، وليس كذلك .

قوله : ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى وفسخاً عند الشيخ لوقال بوقوعه مجرداً

هذا تفريع على الخلاف المذكور ، وتقريره : انه لووقع به البينونة مع تجرده عن الطلاق هل يكون فسخاً أوطلاقاً ؟ قال الشيخ[1] بالاول تفريعاً على

---

1) المبسوط ٣٤٤/٤ ، الخلاف ٤٢٨/٢ .

وفى المختلعة مع الدخول ، الطهر الذى لم يجامعها فيه ، اذا كان زوجها حاضراً ، وكـان مثلها تحيض . وأن يكون الكراهية منها خاصة صريحاً .

ولايجب لوقالت : لادخان عليك من تكره بل يستحب .

ويصح خلع الحامل مع الدم لوقيل انها تحيض .

ويعتبرفى العقد حضورالشاهدين عدلين وتجريده عن الشرط .

ولابأس بشرط يقتضيه العقد ، كما لوشرطالرجوع ان رجعت.

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) لوخالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ولم يملك الفدية.

القول بوقوعه ، محتجاً بأنه فرقة عريت عـن صريح الطلاق فكان فسخاً كسائر الفسوخ . وقال المرتضى بالثاني . وهوالحق ، لما تقدم من الوجوه .

ويجاب عن حجة الشيخ بأنه فسخ خاص فلا استبعاد في مساواته الطلاق ، وخصوصاً مع اشتراطه بشروط الطلاق . نعـم الاولى اتباعه بالطلاق ، لفتوى الاصحاب وعملهم به .

قوله : ولايجب لوقالت لادخلن عليك من تكره بل يستحب

قد عرفت أن الطلاق في الاصل مباح ، بمعنى رفع الحرج في فعله ، وقد يخرج الى حد الوجوب أوالاستحباب ، فهل الخلع كذلك .

قال الشيخ[1] والتقي والقاضي وابن زهرة نعم قد يجب، كما اذاقالت «لادخلن عليك من تكره » أو« لاوطين فراشك من لاتحب » أو « لاأطيع لك أمراً » ،

---

[1]) النهاية : ٥٢٩ .

(الثانية) لارجعة للمخالع· نعم لورجعت فى البذل رجع ان شاء. ويشترط رجوعها فى العدة ، ثم لارجوع بعدها .

(الثالثة) لوأراد مراجعتها ولم ترجع فى البذل افتقر الى عقد جديد فى العدة أوبعدها .

لان ذلك منكر لايمكن دفعه الابالخلع فيجب .

وقال باقي الاصحاب لايجب بل يستحب، لاصالة عدم الوجوب . ونمنع عدم امكان الدفع الابه ، لان له تأديبها وزجرها .

لكن الاولى أنه يستحب حينئذ مؤكداً ، لان الغيرة والحشمة تمنعان من المقام معها على ذلك التقدير .

قوله: لارجعة للمخالع. نعم لورجعت فى البذل رجع ان شاء ويشترط رجوعها فى العدة ثم لارجوع بعدها

بذل الزوجة ليس بلازم بل لها الرجوع فيه اتفاقاً مع بقاء العدة واشتراط ذلك في الايقاع : اما مع الاطلاق فقال ابن حمزة ليس لها ذلك الامع رضا الزوج وبقاء العدة ، فلولم تكن ثم عدة أوكان وخرجت أوبقيت ولم يرض الزوج الرجوع فلارجوع .

والمشهور ما قاله الشيخ واكثراتباعه أن لهاالرجوع في العدة رضي الزوج أولا. واحتج بعض الفضلاء بقول ابن حمزة بأنه عقد معاوضة فلايصح رجوع أحدهما الابرضا الاخر كالاقالة في البيع وشبهه ، ولانه لولا اعتبار رضاه لزم اضراره، بأن ترجع في العدة ولما يعلم حتى تخرج العدة فيفوت محل رجوعه ولاضرار في الاسلام .

وأجيب عن الاول : بالمنع من كونه عقد معاوضة ، والسند الاجماع على

(الرابعة) لاتوارث بين المختلعين ولومات أحدهما فى العدة لانقطاع العصمة بينهما .

والمباراة : هوأن يقول : بارأتك على كذا .

وهى تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه .

ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر .

والشرائط المعتبرة فى الخالع والمختلعة مشترطة هنا .

ولارجوع للزوج الأن ترجع هى فى البذل .

جواز الوقوع خالياً عن العوض فيما اذا رضي الزوج ، ولانه لو كان معاوضة لاعتبرأن يقول « رجعت في كذابكذا » كسائر المعاوضات ، وليس كذلك اجماعاً . قاله الشهيد .

وعن الثاني : بالمنع من لزوم الاضرار ، لان ذلك باختياره حيث دخل على جواز رجوعها . وأيضاً له طريق الى نفيه بالرجوع في الوقت المحتمل والاشهاد بذلك .

قوله : ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر

قال الشيخ[1] في سائر كتبه ان ذلك اجماع من أصحابنا ، وكذا المصنف نفسه قال في الشرائع[2] انه اتفاق منا . وقوله هنا يؤذن بوجود قائل بخلاف ذلك وليس .

نعم ورد حديثان يدلان على عدم الاشتراط : أحدهما عن حمران عن

---

١) المبسوط ٣٧٣/٤، قال فيه : فرق اصحابنا بين الخلع والمباراة فلم يختلفوا فى ان المباراة لايقع الابلفظ الطلاق .

٢) الشرائع ٢٠٧/٢ .

واذا خرجت من العدة فلا رجوع لها.

ويجوز أن تفاديها بقدر ما وصل اليها منه فما دون ، ولايحل له ما زاد عنه .

الباقر عليه السلام[1]، وثانيهما عن جميل عن الصادق عليه السلام[1] . حملهما الشيخ على التقية .

قال بعض الفقهاء من تلامذته: لوقال « على الاشهر » لكان أنسب بقاعدته. وهو حسن ، لانه أشهر في الروايات .

قوله : ويجوز أن يفاديها بقدر ما وصل اليها منه فما دون ، ولايحل له ما زاد عنه

لاخلاف في جواز الاقل وعدم جواز الاكثر ، واختلف في المساوي ، فجوزه المفيد[2] وسلار وابن ادريس[3] ومنعه ابن بابويه في الرسالة وابنه في المقنع[4] والشيخ في النهاية[5] وابن ابى عقيل. ومستندهم رواية زرارة مرسلا[6] عدم جوازه مع قصور الدلالة .

والحق الاول، لعموم قوله «فلاجناح عليهما فيما افتدت به»[7] ورواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[8] . وأيضاً الاصل الجواز ، وانما منع الزائد لاشتراكهما في الكراهية .

---

١) التهذيب ١٠٢/٨ ، الاستبصار ٣١٩/٣ .
٢) المقنعة : ٨٣ .
٣) السرائر : ٣٣٦ .
٤) المقنع: ١١٧ .
٥) النهاية : ٥٣٠ .
٦) التهذيب ١٠١/٨ .
٧) سورة البقرة : ٢٢٩ .
٨) التهذيب ١٠٠/٨ .

كتاب الظهار

يقال ظاهر من امرأته وتظهر من امرأته وظهر منها تظهيراً ، كله بمعنى . والاسم الظهار. واشتقاقه من الظهر[1]،لانه قول الرجل لامرأته « أنت علي كظهر أمي » .

وشرعاً تشبيه الزوج المكلف منكوحته ولو مطلقة رجعية في العدة . وقيل تشبيه من ملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه تأبيداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة .

وكان طلاقاً في الجاهلية وجاء الاسلام بتحريمه ، لقوله تعالى « وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً »[2] ويقع مغفوراً مع الكفارة ، وله أحكام

---

١) وانما خصوا الظهر دون البطن والفخذ والفرج ـ وهذه اولى بالتحريم ـ لان الظهر موضع الركوب والمرأة مركوبة اذا غشيت ، فكأنه اذا قال «انت على كظهر أمي» اراد ركوبك للنكاح علىحرام كركوب امي للنكاح، فأقام الظهرمقام الركوب، لانه مركوب واقام الركوب مقام النكاح لان الناكح راكب . وهذا من لطيف الاستعارات للكناية .

وقد كانت العرب تطلق نساءها فى الجاهلية بهذه الكلمة، وكان الظهار فى الجاهلية طلاقاً فلما جاء الاسلام نهواعنه وأوجبت الكفارة على من ظاهر من امرأته .

٢) سورة المجادلة : ٢ .

وينعقد بقولـه : أنت على كظهر أمـى ، وان اختلفت حرف الصلة .

وكذا يقع لو شبهها بظهر ذوى رحم نسباً ، ورضاعاً .

ولو قال كشعر أمى أو يدها لـم يقع ، وقيل : يقـع . برواية فيها ضعف .

وشرائط يأتي ذكرهما مفصلا .

قوله: وينعقد بقوله «انت على كظهر امى» وان اختلفت حروف الصلة وكذا يقع لو شبهها بظهر ذى رحم نسباً اورضاعاً ، ولو قال كشعر امى او يدها لم يقع ، وقيل يقع لرواية فيها ضعف

تفصيل هذه الجملة وشرحها يتم بفوائد :

(الاولى) لابد هنا من مشبه ومشبه به: أما الاول فهو الزوجة أو المملوكة على قول وسيجيء، وأما المشبه به فهو المذكور بعد الكاف ، فقد يكون مضافاً الى الجملة المحرمة وسيجيء أيضاً، وقد يكون مفرداً كقوله كأمي أو أختي، فان قصد الكرامة أو التعظيم أو كبر المنزلة أو غيـر ذلك من صفات لايفيد معنى المقصود بالحرمة لم يكن شيئاً ، وان قصد المعنى المقصود :

فقال الشيخ في المبسوط[1] يقع مع نيته، محتجاً بأن التشبيه بالشعر والبطن وغيرهما واقع ، لرواية سدير عن الصادق عليه السلام[2] ، فالتشبه بالجملة واقع للتنبيه بالادنى على الاعلى .

وفيه نظر ؛ لضعف الرواية ، اذ في طريقها سهل بن زياد وغياث بن ابراهيم

---

١) المبسوط ١٤٩/٥ .

٢) التهذيب ١٠/٨ .

وهما ضعيفان . هذا مع منع الاولوية ، لان الأسباب الشرعية انما تستفاد من الشارع .

وقال ابن الجنيد لايقع ، وهو اختيار العلامة[١] وعليه الفتوى ، لاشتقاقه من « الظهر » كما قلناه ، وصدق المشتق يستلزم اعتبار المشتق منه. ولان الصورة الواقعة في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم التي هي سبب النزول وقعت كذلك ، ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام وقد سئل عن كيفيته فقال : يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع « أنت علي حرام مثل ظهر أمي »[٢] .

(الثانية) المذكور مضافاً ، ولاخلاف في لفظ الظهر ، واختلف في غيره كقوله كشعر أمي أويدها. قال الشيخ[٣] والصدوق في المقنع[٤] يقع للرواية المذكورة ، وقد عرفت ضعفها . وقال المفيد والمرتضى وابن الجنيد وابن ابى عقيل والتقي وسلار وابن زهرة بالعدم . وهو الحق ، وقد تقدم الحجة .

(الثالثة) المضاف اليه ، ولاخلاف في الام لنص القرآن عليه، واختلف في غيرها ، فقال الاكثر بوقوعه بالمحرمات المؤبدة للاشتراك في المعنى المقصود ، ولرواية زرارة عن الباقر عليه السلام[٥] وجميل بن دراج عن الصادق عليه السلام[٦].

وقصر ابن ادريس[٧] الحكم على الام وقال: انه قول الاكثر . وليس بشيء .

---

١) القواعد ، الباب الثالث فى المباراة من كتاب الفراق .

٢) التهذيب ٨/ ٩ .

٣) الخلاف ٣/ ١٣ .

٤) لم اجده فى النكاح وبحث الظهار من كتاب المقنع .

٥) قد مرت آنفاً .

٦) التهذيب ٨/ ٩ ، الفقيه ٣/ ٣٤٣ .

٧) السرائر : ٣٣٣ .

نعم قال الشيخ في الخلاف[1] فيه روايتان ، يشير الى رواية سيف التمار عن الصادق عليه السلام : انماذ كرالله الامهات[2] .

واحتج الشيخ على وقوعه بغير الام بقوله تعالى « وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً »[3] والمنكرموجود في غير الام . والفتوى على الاول .

(الرابعة) المحرمات المؤبدة امابالنسب فلا كلام في تعلق الحكم بهن ، واما بالرضاع فالاكثر أيضاً على ذلك . قال الشيخ في المبسوط[4] : وهوالذي يقتضيه مذهبنا ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وبه قال ابن الجنيد ، وتبعه القاضي في المهذب ، وكذا منع المحرمات بالمصاهرة. والشيخ في المبسوط[5] ألحقهن بالنسب . وهو المختار ، للاشتراك في العلة : أما المحرمات لاعلى التأبيد كأخت الزوجة وابنة أختها وأختها والمطلقة ثلاثاً فقال في المبسوط[6] لاخلاف في عدم وقوع الظهار بذلك .

(الخامسة) قال الشيخ في المبسوط[7] لوشبه عضواً من أعضاء زوجته بعضو من أعضاء أمه كقوله « رجلك علي كرجل أمي » أو « بطنك » أو « فرجك » وماأ شبهه ونوى به الظهار كان مظاهراً .

وقال ابن الجنيدلايكون مظاهراً . وهوالمختار ، لان بعض محل الحكم

---

١) الخلاف ١٤/٣ .

٢) التهذيب ١٠/٨ .

٣) سورة المجادلة : ٢ .

٤) المبسوط ١٤٩/٥ .

٥) المبسوط ١٥٠/٥ .

٦) المبسوط ١٤٩/٥ .

٧) المبسوط ١٤٩/٥ .

وفى صحته مع الشرط روايتان ، أشهرهما : الصحة .

لايستلزم أن يكون محلاله ، كمالوطلق عضواً من أعضائها ، فيحكم ببقاء حكم التحليل تمسكاً بأصالة الحل عن المعارضة .

(السادسة) لم يقل أحد من أصحابنا أنه لوشبهها بجزء غير الظهر من المحرمات جاز ، الاابن الجنيد فانه قال: ان قال « أنت علي كفرج أختي » لزمه الظهار ، وكذاان ذكر جزء آخران قصد به التحريم للوطىء .

وقول المصنف «وان اختلفت حروف الصلة» يريد به في قوله « أنت علي أومني أوعندي أومعي » الى غير ذلك .

قوله : وفى صحته مع الشرط روايتان اشهرهما الصحة

رواية الوقوع عن حريز صحيحاً عن الصادق عليه السلام [1] ، ومثلها رواية عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام[2] . وعمل بها الشيخ[3] في النهاية و المبسوط والخلاف وابن بابويه [4] وابن حمزة . واختاره المصنف ، لعموم الاية، فانه كما يتناول المطلق يتناول المشروط. ورواية العدم عن القاسم بن محمد الزيات عن الصادق عليه السلام[5]، ومثلها رواية ابن بكير عن الكاظم عليه السلام[6].

وعمل بمضمونها المرتضى في الانتصار والقاضي في كتابيه والتقي وسلار وابن زهرة ، وحكاه ابن ادريس[7] عن المفيد واختاره .

وهو قوي ، لما تقدم في الطلاق أنه لايقع مع الشرط ، والروايتان وان

١ ، ٢) التهذيب ١٢/٨ .

٣) النهاية: ٥٢٥، المبسوط ١٥٠/٥ ، ١٥٢ ، الخلاف ١٦/٣ .

٤) المقنع : ١١٨ .

٥ ، ٦) التهذيب ١٣/٨ .

٧) السرائر : ٣٣٣ .

ولا يقع في يمين ولا اضرار ولا غضب ولا سكر.

ويعتبر في المظاهر البلوغ، وكمال العقل، والاختيار والقصد.

وفي المظاهرة طهر لم يجامعها فيه، اذا كان زوجها حاضراً ومثلها تحيض.

وفي اشتراط الدخول تردد، المروى الاشتراط.

ضعفتا الا انهما موافقتان للاصل ومؤيدتان بالنظر، والروايتان الاوليان محمولتان على استحباب الكفارة.

ونمنع تناول عموم القرآن للمعلق علي الشرط، لان تعليق الشيء على شرط ليس بايقاع لذلك الشيء والا لوقع الطلاق المعلق، اذ عموم القرآن على ذلك التقدير يتناوله.

قوله: ولااضرار

لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لاضرار ولااضرار[1]. فينتفي كل ما هو علته فيه. وقيل يقع؛ لعموم الاية[2] خصوصاً مع قوله فيها «وتشتكي» فانه صريح في ضررها.

قوله: وفي اشتراط الدخول تردد المروى الاشتراط

منشأ التردد من عموم «والذين يظاهرون من نسائهم»[3]، والاضافة صادقة مع عدم الدخول، اذ يكفي فيها أدنى ملابسة ككوكب الخرقاء. واختاره المفيد والمرتضى وسلار وابن زهرة وابن ادريس، ومن رواية محمد بن مسلم

---

١) الكافي ٢٩٣/٥، ٢٨٠.

٢) سورة المجادلة: ١، ٢.

٣) سورة المجادلة: ٣.

وفـي وقوعه بالمتمتع بها قولان ، أشبههما : الوقوع ، وكذا الموطؤة بالملك ، والمروى : أنها كالحرة .

وههنا مسائل :

عن أحدهما عليهما السلام[1] صحيحاً ورواية الفضيل بن يسارعن الصادق عليه السلام[1] صحيحاً أيضاً . واختاره الشيخ فى النهاية والمبسوط والخلاف وابن بابويه وابن الجنيد والقاضي في كتابيه .

والتحقيق هنا أن نقول : ان صح تخصيص عموم الكتاب بخبرالواحد فالاقوى اشتراط الدخول والا فلا، لكن ثبت التخصيص به في الاصول فيشترط. وهو الاولى .

قوله : وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان اشبههما الوقوع

تقدم ذلك في النكاح .

قوله: وكذا الموطوءة بالملك، والمروى انها كالحرة

يريد بقوله «وكذا» أي فيها قولان، قال المفيد[2] والتقي والقاضي في كتابيه وسلار لايقع بالامة ظهار، وقال ابن الجنيد والصدوق[3] لايقع الاموقع الطلاق واختاره ابن ادريس[4] ناقلا له عن المرتضى ، محتجاً بأنه كان طلاق العرب في الجاهلية والطلاق لايقع على الامة فكذا الظهار. وبرواية حمزة بن حمران عـن الصادق عليه السلام فى رجل جعل جاريته عليه كظهرأمه . قـال : يأتيها

---

١) التهذيب ٨ / ٢١ .

٢) المقنعة : ٨٢ .

٣) الفقيه ٣ / ٣٤٠ .

٤) السرائر : ٣٣٣ .

(الاولى) الكفارة تجب بالعود وهو ارادة الوطء.

والاقرب أنه لااستقرار لوجوبها.

وليس عليه شيء[1].

وفيه نظر، لان فعل الجاهلية لاحجة فيه، والرواية في طريقها ابـن فضال وابن بكير وهما ضعيفان.

وقال الشيخ في النهاية والخلاف[2] وابن ابى عقيل وابن حمزة أنها كالحرة في الوقوع بها، سواء كانت قناً أوام ولد أومدبرة. ونقله الشيخ في الخلاف عن علي عليه السلام، وبه روايات كرواية ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام[3] ورواية الكليني عن أحدهما عليهما السلام[4] وكلاهما فـي الصحيح، ورواية اسحاق بن عمار موثقاً عن الكاظم عليه السلام[5].

وألزم ابن ابى عقيل الاولين بأنها ان لم تدخل تحت الاية لزم اباحة نكاح أمها، لعدم كونها من أمهات النساء حينئذ، واللازم باطل باتفاق الخصم فكذا الملزوم.

قوله: والكفارة تجب بالعود وهو ارارة الوطىء، والاقرب انـه لا استقرار لوجوبها

هنا فائدتان:

(الأولى) قال الاصحاب ان المراد بالعود في قوله تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا»[6] هو ارادة الوطىء، ولم يخالف فيـه الا ابن

---

١) التهذيب ٢٤/٨، الاستبصار ٢٦٤/٣.

٢) النهاية: ٥٢٧، الخلاف ١٣/٣.

٣) التهذيب ٢٤/٨، الاستبصار ٢٦٤/٣.

٤) الكافى ١٥٦/٦.

٥) التهذيب ٢٤/٨، الاستبصار ٢٦٤/٣، الفقيه ٣٤٦/٣، الكافى ١٥٦/٦.

٦) سورة المجادلة: ٣.

(الثانية) لوطلقها وراجع فى العدة لم تحل حتى يكفر .

ولوخرجت فاستأنف النكاح ، فيه روايتان ، أشهرهما :

أنه لاكفارة .

الجنيد، فانه قال هوالامساك بالعقد الاول، وبه قال الشافعي ، وبالاول قال مالك واحمد. وللمفسرين والفقهاء فيه أقوالذكرتها في الكنز[1]، وما ذكره الاصحاب عليه الفتوى .

(الثانية) حيث أن الكفارة تجب بالعود الذي هو ارادة الوطىء هل تستقر بمجرد الارادة المذكورة ؟ قال المصنف: الاقرب لا، بل معنى وجوبها حينئذ أنه لايسوغ الوطىء الامع فعلها بأحدالانواع الثلاثة. هكذا ينبغيأن يفسر كلام المصنف . وقال بعض الفضلاء : هل تستقر بمعنى أنها تجب بمجرد الظهار أم لابمعنى أنها انما تجب اذا أراد الوطىء .

وذهب مجاهد والثوري الى الاول، وابوحنيفة وأصحابهالىالثانى. واستدل بأن الوجوب معلق فـي ظاهر العبارة على مجموع الظهار والعود وهـو ارادة الوطىء فلاوجوب قبلها .

وفيـه نظر ، لان ذلك لايطابق عبارة المصنف ، لانه حكم بـأن الوجوب حاصل بالعود وهوالارادة ثم قال « انه لااستقرار لوجوبها » أي الحاصل بالعود ولوأراد الوجوب بالظهار لقال والاقرب انـه لااستقرار لوجوبها بالظهار ولم يقـل .

قوله : لوطلقها وراجع فى العدة لـم تحل حتى يكفر ، ولوخرجت فاستأنف النكاح فيه روايتان اشهرهما أنه لاكفارة

---

١) كنزالعرفان ٢/٢٨٨ .

(الثالثة) لوظاهرمن أربع بلفظ واحدلزمه أربع كفارات . وفى رواية كفارة واحدة . و كذا البحث لو كررظهار الواحدة .

أما رواية الكفارة فعن علي بن جعفرعن أخيه الكاظم عليه السلام[1]، وعمل بها التقي وسلار، وحملها الشيخ على التقية لانه مذهب بعض العامة. وأما رواية السقوط فعن يزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام[2]، ومثلها عن يزيدبن معاوية عنه عليه السلام[3]. وعمل بها الشيخ في النهاية[4] والقاضي وابن زهرة وابن ادريس[5] واختاره العلامة[6].

وهو الحق ، لاصالة البراءة والخروج عن العهدة بالطلاق وصيرورته كالاجنبى. واستباحة الوطىء ليس بالعقد الاول الذي لحقه حكم التحريم بالظهار بل بعقد ثان لم يلحقه حكم الظهار .

ويمكن حمل رواية الثبوت على الاستحباب جمعاً بين الروايتين وعملا بظاهر الكتاب والاستصحاب ، بأن الاصل بقاء الخطاب بالكفارة .

وابن ابى عقيل وان قال بمقالة الشيخ الا أنه قال : اذا أخرج الجارية عن ملكه فليس عليه كفارة الظهار ، فان عادت اليه وجبت الكفارة .

قوله : لو ظاهر من أربع بلفظ واحد لزمه أربع كفارات ، وفى رواية كفارة واحدة ، وكذا البحث لو كرر ظهار الواحدة

هنا مسألتان :

---

١) الكافى ١٥٩/٦ ، التهذيب ١٩/٨ ، الاستبصار ٢٦٦/٣ .

٢) التهذيب ١٦/٨ ، الكافى ١٦١/٦ .

٣) الفقيه ٣٤٢/٣ .

٤) النهاية : ٥٢٦ .

٥) السرائر : ٣٣٤ .

٦) القواعد ، المقصد الثانى من الباب الثالث من كتاب الفراق .

(الاولى) لوظاهر من أربع بلفظ واحد ـ بأن قال انتن أوزوجاتي علي كظهر أمي ـ لزمه عن كل واحدة كفارة واحدة . قاله الشيخان[1] والتقي والقاضي وابن ادريس[2]. والمستند رواية حفص البختري حسناً عن الصادق والكاظم عليهما السلام[3]. وروى غياث بن ابراهيم عن الصادق عن الباقر عن علي عليهم السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال : عليه كفارة واحدة[4]. وهي المشار اليها في كلام المصنف .

وأجيب بالطعن في السند، فان غياثاً غال، أو الحمل على الوحدة الجنسية لا الشخصية .

(الثانية) لو كرر في الزوجة الواحدة قال في المبسوط[5] ان قصد التأكيد لم تتكرر الكفارة بل هي واحدة والا تكررت سواء كان في وقت واحد أو اوقات متفرقة ، وتبعه ابن حمزة .

وقال في النهاية[6]، بتكرير الكفارة وأطلق ، وتبعه القاضي وابن ادريس[7]. وهو مذهب ابن ابى عقيل واختاره المصنف . والمستند رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو اكثر . فقال : قال علي عليه السلام : مكان كل مرة كفارة[8] . وبمعناه

---

١) المقنعة : ٨٢ ، النهاية : ٥٢٦ ، المبسوط ١٥٢/٥ .

٢) السرائر : ٣٣٤ .

٣) التهذيب ٢١/٨ ، الكافي ١٥٦/٦ .

٤) التهذيب ٢١/٨ ،الفقيه ٣٤٥/٣ ، الاستبصار ٢٦٣/٣ .

٥) المبسوط ١٥٢/٥ .

٦) النهاية : ٥٢٦ .

٧) السرائر : ٣٣٤ .

٨) التهذيب ٢٢/٨ ، الكافي١٥٦/٦ ، الفقيه ٣٤٣/٣. وفى الاول: بدل «احدهما»

رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام[1].

وقال ابن الجنيد : ان كرره مع اتحـاد المحرمة المشبه بها فواحدة ومع تغائرها كأمه ثم أخته تكررت ، محتجاً على الاول بأصالة البراءة وبتعليقها على مطلق الظهار الشامل للوحدة والكثرة، وبرواية عبدالرحمن بن الحجاج صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد، قال : عليه كفارة واحدة[2] . وعلى الثاني بأنه بكل محرمة سبب مستقل مغائر الاول فتجب به الكفارة .

واختار العلامة مذهب النهاية، محتجاً بأن كل مرة سبب مستقل لوجوبها، وكل ماكان كذلك تكررت : أما الاولى فلما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال : يارسول الله ظاهرت من امرأتي . قال: اذهب فكفر[3]. وأما الثانية فلانه لو اتحدت الكفارة مع تعدد السبب لزم اما تخلف المعلول عن علته التامة أو اجتماع العلل على معلول واحد ، وكلاهما محال .

وفيه نظر، لانا نمنع كون الظهار سبباً تاماً في وجوب الكفارة ، اذ ظاهر القرآن يمنع ذلك : فانه قال « والذين يظاهـرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا »[4] ، فظاهره أن الكفارة بالظهار والعود معاً وهو ارادة الوطىء وهي لم تتكرر.

«عن ابي جعفرعليه السلام» وليس فيه «قال علي عليه السلام» .

١) الكافي ٦/١٥٦ .

٢) التهذيب ٨/٢٣ ، الاستبصار ٣/٢٦٣ .

٣) التهذيب ٨/١٥ ، الكافي ٦/١٥٥ ، الفقيه ٣/٣٤٤ ، الاستبصار ٤/٥٧ .

٤) سورة المجادلة : ٣ .

(الرابعة) يحرم الوطء قبل التكفير .

فلووطیء عامداً لزمه كفارتان . ولو كرر لزمه بكل وطء كفارة

نعم لوفسرنا العود بالعود الى الظهارلصح ما قاله ، لكن ذلك ليس مذهباً لنا . والحق ما قاله في المبسوط .

أما اتحاد الكفارة مع التأكيد فلعدم كون الظهار الثاني مستقلا بنفسه بل هوالاول بعينه فتتحد الكفارة، وأما مع عدم ارادة التأكيد فلان الارادة للوطيء مع انضمامها الى كل واحد من الظهارات المتكررة تصيره سبباً تاماً في الوجوب فتتعدد .

قوله : يحرم الوطيء قبل التكفير ، فلو وطيء عامداً لزمه كفارتان ولو كرر لزمه بكل وطيء كفارة

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف في حرمة الوطيء قبل التكفير ، لقوله تعالى « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا »[1] .

(الثانية) لووطيء قبل التكفير عامداً هل تجب عليه كفارة أخرى للوطيء أم لا ؟ قال الثلاثة واتباعهم نعم، والمستند رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام[2]، وبمعناها رواية الحسن الصيقل عنه عليه السلام[3].

وقال ابن الجنيد : انما تجب لو وطيء ثانياً ولا تجب بالمرة الاولى ، وكذا لاتجب مع عجزه عن العتق والصيام دون الاطعام وان عاد ثانياً ، لانه تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشرط ذلك في الاطعام.

---

١) سورة المجادلة : ٣ .

٢) الكافي ١٥٦/٦ .

٣) التهذيب ١٤/٨ ، الاستبصار ٢٦٠/٣ .

فالحاصل من كلامه أنه لاتجب بالمرة الاولى كفارة ، وأما الثانية فلا تجب فيها الا مع القدرة على العتق والصيام ، وأما الاطعام فلا تجب في الثانية أيضاً وان كان قادراً عليه . ولم نجد له حجة على هذا التفصيل .

نعم في رواية الحلبي حسناً عن الصادق عليه السلام قلت : فان واقع قبل التكفير. قال: يستغفرالله ويمسك حتى يكفر. وليس في ذلك دلالة على وحدة الكفارة ولا كثرتها ويجوز ارادة التكرار . وأما عدم الاشتراط في الاطعام فلكونه بدلا عن العتق والصيام ، فالقيد فيهما قيد فيه .

(الثالثة) لو كررالظهار وقلنا بتكرر الكفارة بتكرره لو وطىء قبل التكفير فيه ، هل يلزم عن كل ظهار كفارة أم تكفي واحدة للوطىء وان وجب عليه كفارات الظهار المتكرر ؟ الحق الثاني ، لاصالة براءة الذمة من الزائد .

(الرابعة) لو كررالوطىء قبل التكفير لزمه بكل وطىء كفارة ، سواء كفر عن الوطىء الاول أولا ، لوجود المقتضي وهو الوطىء ولرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1] . وقال ابن حمزة ان كفرعن الاولى تكررت والا فلا .

(الخامسة) هل يحرم قبل التكفير عن الوطىء من ضروب الاستمتاعات كالقبلة واللمس بشهوة أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط[2] نعم ، لصدق اسم المسيس عليه حقيقة لغوية والاصل عدم النقل. ومنعه ابن ادريس[3]، لان المراد به هنا الوطىء ، لانه المتعارف والمفهوم من النص ، وأصالة عدم النقل انما يتبع لولم يثبت دليله .

---

١) الكافي ١٥٥/٦ .

٢) المبسوط ١٥٤/٥ .

٣) السرائر : ٣٣٣ .

(الخامسة) اذا اطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر، ولو علقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط.

وقال بعض الاصحاب: أو يواقع وهو بعيد، ويقرب اذا كان الوطء هو الشرط.

واختار العلامة في المختلف[1] الثاني وفي القواعد[2] الاول، ولا شك انه أحوط للبراءة.

وأما النظر وما لا ملاقاة فيه بشيء من بدنها لبدنه فجائز اجماعاً.

(السادسة) التحريم ثابت في حقه لا في حقها، فلو تشبهت عليه أو استدخلت ذكره من حيث لايشعر لم تفعل حراماً، لثبوت الحل لها والاصل بقاؤه.

قوله: اذا اطلق الظهار حرمت مجامعتها حتى يكفر، ولوعلقه بشرط لم تحرم حتى يحصل الشرط، وقال بعض الاصحاب او يواقع وهو بعيد، ويقرب اذا كان الوطىء هوالشرط

القائل هو الشيخ في النهاية[3] معتمداً على رواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام[4].

وحمل المصنف ذلك على أن يكون الوطىء هو الشرط، أما اذا لم يكن هو الشرط فلا يحرم الوطىء حتى يقع الشرط، فحينئذ يستقر الظهار.

بقي هنا فائدة هي: انه لو كان الوطىء هو الشرط فوطىء واستقر الظهار، قال الشيخ[5] تستقر الكفارة بأول آن من صدق الوطىء بناء على أن الاستمرار

---

١) المختلف، الجزء الخامس: ٤٩.
٢) القواعد، المقصد الثانى من الباب الثالث من كتاب الفراق.
٣) النهاية: ٥٢٥.
٤) التهذيب ١٢/٨، الاستبصار ٢٦٠/٣.
٥) الخلاف ١٦/٣، المبسوط ١٥٤/٥.

(السادسة) اذا عجز عن الكفارة قيل يحرم وطؤها حتى يكفر. وقيل تجزى بالاستغفار وهو أشبه.

(السابعة) مدة التربص ثلاثة أشهر من حين المرافعة. وعند انقضائها يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق.

وطيء ثان. واستضعفه العلامة، فان الوطيء من ابتدائه الى النزع واحد عرفاً، والاطلاق انما يحمل على العرف، والمشروط انما يقع بعد وقوع شرطه.

قوله: اذا عجزعن الكفارة قيل يحرم وطؤها حتى يكفروقيل تجزى بالاستغفار وهو اشبه

تنقيح هذا البحث يتم بفوائد:

(الاولى) المراد بالكفارة هنا هوالخصال الثلاث العتق والصيام والاطعام، واذا حصل العجز عنها هل لها بدل يقوم مقامها في حل الوطيء أم لا ؟

قال المفيد[1] وابن الجنيد لابل يحرم عليه الوطيء الى أن يقوم بالواجب لان نص القرآن انما جاء بهذه الخصال. وتابعهما الشيخ في بعض أقواله وقال يفرق بينهما الحاكم حينئذ، محتجاً على التفريق برواية ابى بصيرعن الصادق عليه السلام : كل من عجزعن الكفارة فالاستغفار كفارته ماخلا يمين الظهار فانه اذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها وفرق بينهما الاأن ترضى المرأة أن يكون معها ولايجامعها[2].

(الثانية) قال كثير من فقهائنا لها بدل، واختلفوا فقال الشيخ في النهاية

---

١) المقنعة : ٨١.

٢) التهذيب ١٦/٨.

اذا عجز عن الاطعام صام ثمانية عشر يوماً ، فان عجز عنها كان حكمه ما قدمناه من التحريم الى أن يكفر[1].

و قال ابن بابويه يتصدق بما يطيق ، و كذا قال ابنه في المقنع ، و قال فيه وروي أنه اذا لم يطق اطعام ستين مسكيناً، صام ثمانية عشر يوماً ،فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام .

واحتج الشيخ على الثمانية عشر يوماً برواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق به ولا يقوى على الصيام. قال: يصوم ثمانية عشر يوماً لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام[2].

(الثالثة) اذا عجز عن البدل الذى تقدم ذكره هل يجزيه الاستغفار ليباح له الوطىء ؟ فعلى قول المفيد وابن الجنيد لا وقال ابن حمزة وابن ادريس يجزيه، واختاره المصنف والعلامة، محتجاً برواية اسحاق بن عمار في الموثق عن الصادق عليه السلام: ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله ولينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع وقد اجزأ ذلك عنه عن الكفارة[3].

(الرابعة) مع الاستغفار واباحة الوطىء لو قدر على الكفارة فيما بعد هل تجب عليه ؟ قال ابن ادريس[4] نعم عملا بالاستصحاب السابق، وبرواية اسحاق المذكورة ، فانه يقول في آخرها : فاذا وجد السبيل الى ما يكفر به يوماً من الايام فليكفر، وان تصدق بكفه وأطعم نفسه وعياله فانه يجزيه اذا كان محتاجاً، وان لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه وينوي أن لا يعود فحسبه بذلك والله كفارة[5].

---

١) النهاية : ٥٢٧ .

٢) التهذيب ٢٣/٨ .

٣) التهذيب ٣٢٠/٨ ، الكافى ٤٦١/٧ .

٤) السرائر : ٣٣٤ .

٥) التهذيب ٣٢٠/٨، الكافى ٤٦١/٧ ، الاستبصار ٥٦/٤ .

(الخامسة) الاستغفار المشار اليه ليس عبارة عن قوله « استغفر الله » فحسب بل هو التوبة المشتملة على الندم على ما صدر منه من الظهار المحرم والعزم على تركه أبداً من غير معاودة، والاستغفار باللسان كاشف عن ذلك الندم والعزم المذكورين .

كتاب الايلاء

ولا ينعقد الا باسم الله سبحانه.

ولو حلف بالطلاق أو العتاق لم يصح، ولا تنعقد الا فى الاضرار.

قوله: كتاب الايلاء[1]

يقال آلى يولي ايلاء وألية فهو مؤل، وجمع ألية ألايا، ويقال أيضاً تألى يتألى بالتاء فهو متأل، ومنه قوله عليه السلام: من يتأل على الله يكذبه[2]. ويقال ائتلى يأتلي ايتلاء فهو مؤتل، ومنه قوله تعالى « ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة »[3] على أحد الوجهين، والجميع بمعنى الحلف.

ويقال شرعاً الحلف على ترك وطىء الزوجة الدائمة صريحاً أو حكمه مطلقاً

---

١) الالوة بفتح الهمزة وضمها وكسرها وسكون اللام وفتح الواو، والالية كعطية على فعيلة، والاليا كله: اليمين، والجمع ألايا. والفعل آلى يولى ايلاء: حلف. وتألى يتألى تألياً.

٢) فى اللسان ١٤/٤٠ وفى الحديث « من يتأل على الله يكذبه » اى من حكم عليه وحلف.

٣) سورة النور: ٢٤.

فلوحلف لصلاح لم ينعقد، كما لوحلف لاستضرارها بالوطء أو لاصلاح اللبن.

ولا يقع حتى يكون مطلقاً أوأزيد من أربعة أشهر.

ويعتبرفي المولي البلوغ، وكمال العقل، والاختيار، والقصد. وفي المرأة الزوجية، والدخول.

أومؤبداً أومدة تزيد على اربعة أشهرأو معلقاً على فعل لا يحصل عادة الافي مدة تزيد على الاربعة، والاصل فيه قوله تعالى «للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر»[1] الاية.

اذاعرفت هذا فهنا فوائد:

(الاولى) لا ينعقد هذا الا بما ينعقد به غيره من الايمان المطلقة، وسيأتي تحقيقه انشاء الله تعالى.

(الثانية) الاتيان في المحلوف عليه بلفظ صريح فيـه ينعقد اجماعاً، وذلك هو «آلينك»، اوأدخال الفرج في الفرج قاصداً ناوياً، فلواتى بذلك حال الغفلة أوالنوم أوالسكرلم يقع.

وجعل الشيخ في الخلاف[2] من الصريح قوله «والله لاجامعتك أولاوطئتك»، وجعله المصنف في الشرائع[3] من المحتمل ان قصدبه الايلاء صح والا فلا.

وقال الصدوق[4] وابن ابى عقيل: الايلاء أن يقول الرجل لامرأته «والله لاغيظنك

---

١) سورة البقرة: ٢٢٦.

٢) الخلاف ٣/٨.

٣) الشرائع ٢/٢١٣.

٤) المقنع: ١١٨. وفيه: والله لاغيظنك ولاشق عليك ولاسوئنك ولا اجامعك الى كذا وكذا.

وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان ، المروى : أنه لايقع .

ولاسؤنك أولا أجامعك »ولم يفرقابين الصريح وغيره ولاذكرا اشتراط القصد .

وقال ابن ادريس[1]: ان تلفظ بألفاظ صريحة مثل « لاوطئتك » «ولاجامعتك » وقصد بها الايلاء انعقد ، وان لم يقصد لم ينعقد ، وان تلفظ بألفاظ غيرصريحة نحو « والله لا جامع رأسي ورأسك مخدة » أو « لاساقفتك » أو « لاطيلن غيبتي عنك » لم ينعقد وان نوى به الايلاء . وهو قول الشيخ في الخلاف[2] . وقال في المبسوط[2] ينعقد بذلك مع القصد .

(الثالثة) هل يشترط تجريده عن الشرط أو الصفة أم لا ؟ قال الشيخ في الخلاف[3] نعم ، وتبعه ابن حمزة وابن ادريس[4] وابن زهرة. وقال في المبسوط يقع معلقاً عليهما. واختاره العلامة لعموم القرآن السالم عن المعارض ، واختار المصنف في الشرائع الاول، لاصالة عدم الوقوع الافي المتفق عليه وعليه الفتوى.

قوله : وفي وقوعه بالمتمتع بها قولان المروى انه لايقع

قال الشيخ[5] والسيد وابن ابي عقيل وابن ادريس[6] بعدم الوقوع، وقال التقي بالوقوع . ومستند القولين القرآن ، وهو قوله « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر »[7] والمستمتع بها من النساء فيقع بها، ولماعقبه بقوله «وان عزموا الطلاق

١) السرائر : ٣٣٦ .

٢) المبسوط ١١٦/٥ ، الخلاف ٨/٣ .

٣) الخلاف ٩/٣ .

٤) السرائر : ٣٣٦ .

٥) النهاية : ٥٢٨ .

٦) السرائر : ٣٣٨ .

٧) سورة البقرة : ٢٢٦ .

واذا رافعته أنظره الحاكم أربعة أشهر .

فان أصرعلى الامتناع ثم رافعته بعد المدة ، خيره الحاكم بين الفيئة والطلاق .

فان امتنع حبسه وضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يكفر ويفيء ، أو يطلق .

فان الله سميع عليم »[1] والطلاق انما هو للدائمات فلم يقع بالمستمتع بها ايلاء. وهومبني على ان رجوع الضمير الى بعض أفراد العام مخصص، وقد حقق في الاصول .

والرواية المشار اليها هي مارواه ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام قال: لاايلاء على الرجل من المرأة التي يتمتع بها[2]. وعليها فتوى الشيخ والمصنف والعلامة .

قوله : واذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر

هنا فوائد :

(الاولى) المشهور أن مدة التربص من حين المرافعة ، قاله الشيخان[3] والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس[4]. ولم نقف لهم على مستند ، الاأن ضرب المدة الى الحاكم .

وقال ابن ابي عقيل وابن الجنيد انها من حين الايلاء ، واختاره العلامة في المختلف[5] . ولظاهر القرآن وهوقوله « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة

---

١) سورة البقرة : ٢٢٧ .

٢) التهذيب ٨/٨ .

٣) المقنعة : ٨١ ، الخلاف ٦/٣ .

٤) السرائر : ٣٣٥ .

٥) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٤ .

أشهر » ، وكون ضرب المدة الى الحاكم لاينافي ذلك ، لجواز أن يضرب الحاكم المدة ويحسبها من حين الايلاء . والروايات أيضاً ظاهرة في ذلك، كرواية بريدبن معاوية حسناً عن الباقر والصادق عليهما السلام قال : لايكون ايلاء الا اذا آلى رجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسها ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض أربعة أشهر ، فاذا مضت أربعة أشهر وقف ، فاما أن يفيء فيمسها واما أن يعزم على الطلاق[1] .ونحوه رواه الحلبى عن الصادق عليه السلام[2] ، وابن بكير عنهما[3] وابو بصير عن الصادق عليه السلام[4].

(الثانية) ان واقعها في مدة التربص فلا خلاف في وجوب الكفارة ، امالو واقع بعدها فالشيخ قولان . قال في النهاية والخلاف بعدم السقوط ، وقال في المبسوط بالسقوط ، وقال اقوله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم »[5] ، ويؤيد قوله تعالى « ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم »[6] من غير تفصيل .

(الثالثة) مع المرافعة وانقضاء المدة يخيره الحاكم بين الفئة والطلاق ولا يجبره على أحدهما ، لان طلاق المكره عندنا باطل .

(الرابعة) مع حصول عذر شرعي أو عرفي ليس للحاكم الزام بالفئة الا مع زواله .

---

١) الكافى ٦/ ١٣٠ ، التهذيب ٣/٨، وفيهما: بريد بن معاوية قال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول فى الايلاء . . . والتى روى بريد عنهما عليهما السلام اخرجه فى الكافى ١٣١/٦ وهى غيرهذه الرواية .

٢) الكافى ١٣٠/٦ ، التهذيب ٢/٨ ، الفقيه ٣٣٩/٣ ، الاستبصار ٢٥٢/٣ .

٣) لم اجد رواية ابن بكير، واظن انه بكيربن اعين الذى روى هووبريد بن معاوية عنهما عليهما السلام .

٤) اخرجه الوسائل عن تفسيرعلى بن ابراهيم راجع المصدر ٥٤١/١٥ .

٥) سورة البقرة : ٢٢٦ .

٦) سورة المائدة : ٨٩ .

واذا طلق وقع رجعياً ، وعليها العدة من يوم طلقها .

ولو ادعى الفيئة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه .

وهل يشترط فى ضرب المدة المرافعة ؟ قال الشيخ : نعم والروايات مطلقة .

ولنتبع ذلك بذكر الكفارات ، وفيه مقصدان :

(الاول) فى حصرها: وتنقسم الى مرتبة ومخيرة ، وما يجتمع الامران ،و كفارة الجمع .

قوله: وهل يشترط فىضرب المدة المرافعة قال الشيخ نعم والروايات مطلقة

ماقاله الشيخ هو المشهور بين الاصحاب ، لميخالف في ذلك الاابن ابى عقيل وابن الجنيد كما حكيناه عنهما . وأما الروايات المشار اليها فهي ماحكيناه آنفاً، ولاشك في اطلاقها وعدم اشتراطها بالمرافعة .

وتؤيد قول الشيخ وجوه : الاول : ان ذلك حقها فيتوقف على مطالبتها .
الثاني : أصالة عدم التسلط على الزوج بحبس أوغيره الا مع تحقق السبب .
الثالث : ان اطلاق الروايات قابل التقييد بالمرافعة فتحمل عليه .

قوله : ولنتبع ذلك بذكر الكفارات

هنا فوئد :

(الاولى) انما ذكر الكفارات هنا لتقدم سببين لها وهما الظهار والايلاء ، فناسب ذلك ذكرها .

(الثانية) الكفارة مشتقة من الكفر بفتح الكاف ، وهو التغطية، وقدكفرت الشيء اكفره بالكسر كفراً أي سترته ، وسميت بذلك هنالانها تستر الذنب. قال

فالمرتبة : كفارة الظهار . وهي عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً . ومثلها كفارة قتل الخطأ .

الجوهري : وتكفير اليمين فعل مايجب بالحنث فيها، والاسم الكفارة .

(الثالثة) الكفارة شرعاً طاعة مخصوصة مسقطة لعقوبة ذنب أومخففةله غالباً والتقييد بالاغلبية لتدخل كفارة قتل الخطأ فانها ليست عقوبة عن ذنب . وفي التحقيق انها قد تكون عقوبة محضة ككفارة قتل العمد والافطار على المحرم ، وقد تكون مخففة للذنب ككفارة الايلاء والظهار لذكر الغفران والرحمة مع فعلهما ، وقد تكون محتملة لهما نحو كفارة افطار رمضان ، وقد تكون تأديباً ككفارة قتل الخطأ .

(الرابعة) الكفارة واجبة على الفور ، لانها كالتوبة من الذنب التي هي واجبة على الفور لوجوب الندم على كل قبيح أو اخلال بواجب .

(الخامسة) الكفارة عقوبة كانت أومخففة لاتكفي في سقوط العقاب ، بل لابد مع ذلك من التوبة المشتملة على الندم والعزم على عدم المعاودة، وكذلك الحدود والتعزيرات فان الجميع توابع للتكليف بفعل الواجب وترك القبيح لانهامسقطة للعقاب عن المعاصي .

قوله : ومثلها كفارة قتل الخطأ

المماثلة هي في ترتيب خصائلها، وبه قال اكثر فقهائنا . والمستند ظاهر القرآن فانه قال «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة»[1] ثم قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين »[2] ،وكذارواية عبدالله بن سنان صحيحاً عن الصادق عليه السلام:

---

١ و٢) سورة النساء : ٩٢ .

وكفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات .

والمخيرة : كفارة شهر رمضان ، وهـي عتق رقبة ، أوصيـام شهرين متتابعين ، أواطعام ستين مسكيناً .

فان لم يجد صام شهرين متتابعين فان لم يستطع اطعم ستين مسكيناً مداً مداً [1] .

وقال سلار هي مخيرة ، وكأنه تبع المفيد حيث قال : عليه كفارة من افطر يوماً من شهر رمضان ، ونص على ان كفارة رمضان مخيرة . والفتوى على الاول .

قوله : وكفارة من افطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال عامداً اطعام عشرة مساكين ، فان لم يجد صام ثلاثة ايام متتابعات

في هذه الكفارة أقوال ثمانية :

« الاول » - ماذكره المصنف ، وهو قول الشيخين [2] في النهاية والمقنعة ورواه ابن ابي عمير عن هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام [3] وكذا رواه عن ابن بابويه عن بريد العجلي عن الباقر عليه السلام [4] وعليه الفتوى .

« الثاني » - انها كفارة رمضان مخيرة ، قاله ابن بابويه [5] والقاضي ، ورواه حريز عن زرارة وهـي ضعيفة ، لان في طريقها ابن فضال . وحملها الشيخ [5] على من أفطر تهاوناً واستخفافاً .

---

١) التهذيب ٨/٣٢٢ .

٢) النهاية ١٦٤ ، المقنعة : ٨٩ .

٣) الاستبصار ٢/١٢٠ ، التهذيب ٤/٢٧٩ .

٤) الفقيه ٢/٩٦ ، المقنع : ٦٣ .

٥) التهذيب ٤/٢٧٩ ، الاستبصار ٢/١٢١ .

ومثله كفارة من أفطر يوماً منذوراً على التعيين ، وكفارة خلف العهد على التردد .

أما كفارة خلف النذر ففيه قولان ، أشبههما : أنه لصغيرة .

« الثالث » ـ أنها كفارة يمين . قاله الشيخان[١] أيضاً والتقي وسلار وابن ادريس[٢] لانها أعلى رتبة من الاول .

« الرابع » ـ التخيير بين كفارة اليمين وبين ما ذكر أولا ، وهو قول المفيد[٣] في باب الكفارات .

« الخامس » ـ انها كفارة يمين فان لم يجد صام ثلاثة أيام ، وهو قول الشيخ في كفارات النهاية[٤] .

« السادس » ـ أن عليه قضاء يومين يوماً لرمضان ويوماً لقضائه ، ذكره ابن ادريس[٥] بعد تردده .

« السابع » ـ صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين ، ذكره التقي .

« الثامن » ـ لا شيء عليه سوى القضاء ، ذكره ابن ابى عقيل ، لرواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام[٦] . وفي طريقها ابن فضال ويمكن حملها على العاجز .

قوله : ومثله كفارة من افطر يوماً منذوراً على التعيين وكفارة خلف العهد على التردد ، وأما كفارة خلف النذر ففيه قولان أشبههما انها لصغيرة

---

١) المقنعة : ٥٧ ، النهاية : ٥٧٢ .

٢) السرائر : ٩٢ .

٣) المقنعة : ٨٩ ، وقوله هيهنا كقوله فى باب قضاء شهر رمضان ص ٥٧ .

٤) النهاية : ٥٧٢ .

٥) السرائر : ٩٢ .

٦) التهذيب ٤/ ٢٨٠ ، الاستبصار ٢/ ١٢١ .

وما فيه الامران : كفارة يمين ، وهى عتق رقبة أواطعام عشرة مساكين أوكسوتهم، فان لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات.

وكفارة الجمع : كقتل المؤمن عمداً عدواناً ، وهى عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين واطعامستين مسكيناً .

في كفارة خلف النذر والعهد أقوال :

(الاول) قال الشيخان[١] والتقي والقاضي وابن حمزة كفارة رمضان مطلقاً، ومعتمدهم رواية ابى بصير عن أحدهما عليهما السلام[٢] ورواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام[٣]. ولاشك أن منطوقهما في العهد، لكن الشيخان قالا العهد نذر في المعنى وان اختلفا في اللفظ ، فيكون حكمهما واحداً في الكفارة .

وتؤيده رواية عبدالملك بن عمرو صحيحاً عن الصادق عليه السلام : من جعلالله عليه أن لايركب محرماً سماه فركبه . قال: ولااعلم الا قال: فليعتق رقبة أوليصم شهرين متتابعين أوليطعم ستين مسكيناً[٤].

(الثاني) قول الصدوق في المقنع[٥] كفارة يمين فيهما مطلقاً ، معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن كفارة النذورفقال كفارة النذور كفارة اليمين[٦] ومثلها عن الحلبى عنه ،حسناً[٧] .

---

١) المقنعة : ٨٨ ، النهاية : ٥٧٠ .

٢) التهذيب ٣١٥/٨ ، الاستبصار ٥٤/٤ .

٣) التهذيب ٣٠٩/٨ ، الاستبصار ٥٥/٤ .

٤) التهذيب ٣١٤/٨ ، الاستبصار ٥٤/٤ .

٥) المقنع : ١٣٧، قال فى النذر : فان خالف لزمته الكفارة صيام شهرين متتابعين وروى كفارة يمين .

٦) التهذيب ٣٠٧/٨ ، الاستبصار ٥٤/٤ .

٧) التهذيب ٣٠٦/٨ .

مسائل ثلاث :

(الاولى) قيل من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار .

ومن وطىء فى الحيض عامداً لزمه دينارفى أوله ونصف فى وسطه وربع فى آخره .

وأجيب عنه : بضعف حفص ، وتحمل الثانية على العجز عن الكبيرة .

(الثالث) قول آخر للمفيد وسلاروهو كفارة قتل الخطأ. ولاأعرف المستند.

(الرابع) نقل ابن ادريس[1] عن المرتضى في الموصليات ، وعن ابن بابويه ان الحنث في الصوم كرمضان وفي غيره كفارة يمين .

ويظهر من كلام المصنف اختيار هذا لكنه تردد في العهد دون النذر ، ولعل منشأ الفرق عنده بينهما أن روايات الكفارة الكبيرة صريحة في العهد ، و رواية الكفارة الصغيرة في النذر ، لكن ذلك يوجب عدم تردده في العهد .

قوله : قيل من حلف بالبراءة لزمه كفارة ظهار

هنا فوائد :

(الاولى) البراءة لغة من قولك: برأت منك ومن الديون والعيوب براءة ، ومعناه المفارقة والمباينة، ويقال عرفاً بمعنى نفي التعلق لسائر الوجوه.

والمفهوم من البراءة هنا من الله ومن رسوله أو من احد الائمة نفي التعلق بهم دنياً وديناً . ولاخلاف في تحريم ذلك، ولذلك جاء عنهم عليهم السلام : اذا عرضتم على البراءة منا فمدوا الاعناق[2] .

(الثانية) المتلفظ بذلك ان علقه على محال لايخرج به من الاسلام، لان حكم

---

١) السرائر : ٣٥٧ .

٢) داجع الوسائل ١١/٤٧٨ ، ٤٨١ .

المعلق حكم المعلق بـه ، وان علقه على ممكن فهل يخرج به من الاسلام أم لا ؟ الحق نعـم لقيام الدليل على وجوب الثبات على الاعتقاد الصحيح وامتناع الانتقال عنه، فاذاعلق على ممكن والممكن جائزالوقوع فيقع المعلق عليه . نعم ان كان المتلفظ يعلم معنى التعليق كفر في الحال والافلا .

(الثالثة) لاخلاف في تحريم اليمين بالبراءة المذكورة وأنه لاينعقد اليمين بها ولا يجب العمل بمقتضاها ، وهو اجماعي أيضاً .

(الرابعة) قال الصدوق : تجب الكفارة بمجرد ذكر[1] التلفظ، وكذا الشيخ والقاضي . أما المفيد وسلار فرتباها على المخالفة ، وكذا ابن حمـزة والتقي رتباها على كل منهما . وقال ابن ادريس والشيخ في الخلاف والمبسوط لا تجب من الاصل ، ولان وجوب الكفارة لازم لانعقادها . وهو منفي كما تقدم . ويلزم القائل بالوجوب بالمخالفة انعقادها ، وهو باطل ، اذ لايمين الا بالله .

(الخامسة) اختلف القائلون بالكفارة في كميتها: فقال المفيد وسلار كفارة ظهار فان عجز فكفارة يمين ، وقال الصدوق انه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين ، وقال ابن حمزة كفارة النذر، وقال العلامة في المختلف اطعام عشرة مساكين لكل مسكين مد ويستغفر الله، لرواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكرى عليه السلام فيما كتبه اليه[2] .

وأما المصنف فيستضعف ذلك كله ، قال في النكت: الحق عندي انه لا كفارة في شيء من ذلك، لان ماذكره الشيخان لم يثبت وما تضمنته الرواية المذكورة نادر ولا تنهض المكاتبة بالحجة لمايتطرق اليها من الاحتمال .

---

١) فى بعض النسخ « ذلك » بدل « ذكر » .

٢) الوسائل ١٥/٥٧٢ .

ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة أصواع من دقيق .

قوله : ومن تزوج امرأة في عدتها فارقها وكفر بخمسة اصوع من دقيق

قاله الشيخان في النهاية والمقنعة ، وليس في عبارة الشيخين الوجوب . وصرح ابن حمزة به وأنكره ابن ادريس ، ومعتمد الشيخين رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1] .

وأما المرتضى فقال: من تزوج بذات بعل جاهلا بالزوجية كفر بخمسة دراهم قال الشهيد: وهو غريب، ويمكن ان يكون قولا بالاول ويكون قيمة الصاع درهماً .

وهنا فوائد :

(الاولى) العدة أعم من الرجعية والبائن وعدة الوفاة دخل أولا حرمت مؤبداً أولا، وكذا لافرق في التزويج بين الدائم والمنقطع وكون المرأة امة أوحرة .

(الثانية) الدقيق هنا من جنس مايخرج في الكفارة ، وهو الحنطة والشعير لاغيرهما .

(الثالثة) الصاع تقدم قدره، ولجمعه صيغتان أصوع باسكان الصاد والواو المضمومة ، واصئع بدل الواو المضمومة همزة، ولايجوز أصع بغير واو ولا همزة ، فانه لحن عند الاصمعي .

وتوهم ابن ادريس أن ذلك بخط الشيخ في النهاية فلحنه ، وليس بذلك بل هي اصئع بالهمزة كما قلناه . وحكى الشهيد انه وجدها بخط الشيخ كذلك .

---

١) الوسائل ٥٨٥/١٥ .

ومن نام عن العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل أصبح صائماً . والاستحباب فى الكل أشبه .

(الثانية) في جز المرأة شعر رأسها في المصاب كفارة شهر رمضان وقيل كفارة مرتبة ، وفى نتفه فى المصاب كفارة يمين . وكذا فى خدش وجهها . وكذا فى شق الرجل ثوبه بموت ولده أو زوجته .

قوله : ومن نام عن العشاء الاخرة حتى جاوز نصف الليل اصبح صائماً

قاله الثلاثة واتباعهم ، والمستند رواية عبدالله بن المغيرة عمن حدثه عن الصادق عليه السلام[1] .

قوله : والاستحباب فى الكل اشبه

وجه الاشبهية أصالة البراءة وعدم الوجوب وعدم دلالة الرواية على ذلك. ويريد بالكل المسائل الاربع المذكورة[2] . وظاهره ينافي ماذكره في باب الحيض من قوله « الاحوط الوجوب » .

ويمكن أن يجاب بأن الاخذ بالاحوط مستحب .

قوله : فى جز المرأة شعر رأسها فى المصاب كفارة شهر رمضان ، وقيل كفارة مرتبة ، وفى نتفه فى المصاب كفارة يمين ، وكذا فى خدش وجهها ، وكذا فى شق الرجل ثوبه بموت ولده او زوجته

هذه الاحكام الاربعة ذكرها الثلاثة وأتباعهم، وادعى المرتضى وابن ادريس

---

١) الوسائل ١٥٧/٣ ، الباب ٢٩ من ابواب المواقيت .

٢) وهى الحلف بالبراءة والتزوج فى العدة والنوم عن العشاء الاخرة والوطى فى الحيض عامداً . وقال المصنف فى الاخير ص ١٠ : وفى وجوب الكفارة بوطئها على الزوج روايتان احوطهما الوجوب .

فيها الاجماع . ومستند الكل رواية خالد بن سدير عن الصادق عليه السلام[1] في حديث طويل .

والقائل بأنها كفارة مرتبة الشيخان ، فانهما قالا كفارته كفارة قتل الخطأ، وفسرا خصالها بلفظة « أو » ، وهي ظاهرة في التخيير . وهذا يحتمل أمرين : « ١ » أنه بيان الاجناس على التفصيل لا التخيير ، « ٢ » أن يكون كفارة الخطأ على التخيير كما هو رأي سلار .

وهنا فوائد :

(الاولى) الجز والنتف في غير المصاب هل يلحقه الحكم المذكور ؟ الظاهر نعم من باب التنبيه ، لان حال المصاب ربما رفع القصد فغيره أولى بالتكفير .

(الثانية) لافرق أيضاً بين الكل والبعض فيهما ولا بين الحلق والاحراق بالنار أوالازالة بالنورة، ولا يشترط قطع الجلد بأسره، بل لو قطع ظاهره كفى في الحكم . وكذا لاكفارة في خدش غيره من الجسد ولا في اللطم على الوجه ولا على الرجل ولوخدش وجهه اقتصاراً علىمورد النقل وعملا بأصالة البراءة .

(الثالثة) المشهور جواز شق الرجل والمرأة الثوب لموت الأب والاخ، كما دلت عليه رواية خالد المذكورة ، ولما ورد أن موسى عليه السلام شق ثوبه علىهارون والحسين على الحسن عليهما السلام[2]. ومنع ذلك ابن ادريس، لما فيه من اضاعة المال المنهي عنها ، والرواية خبر واحد ، والفتوى على المشهور .

---

١) التهذيب ٣٢٥/٨ .

٢) وليس فيها : « والحسينعلى الحسن عليهما السلام » بل فيها : ولطمن الخدود الفاطميات على الحسين بن علي عليهما السلام وعلى مثله تلطم الخدود وتشق الجيوب .

(الثالثة) من نذر صوم يوم فعجز عنه ، تصدق عنه باطعام المسكين مدين من طعام ، فان عجزعنه تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفر الله .

المقصد الثاني : فى خصال الكفارة .

وهى العتق والاطعام والكسوة والصيام .

(الرابعة) لافرق بين الولد للصلب وغيره ذكراً كان أوأنثى ، وكذا لافرق بين كون الزوجة دائماً ومتعة . أما لو شق على أمته فالاثم ولا كفارة .

(الخامسة) فيرواية[1] حنان: لا بأس بشق الثوب علىالقريب وشق المرأة على زوجها. والاولى الاقتصارعلى الاب والاخ .

ولا كفارة على المرأة مطلقاً ، ولا على الرجل فيغير الولد والزوجة وان حرم على غير من ذكر .

قوله : من نذر صوم يوم فعجز عنه تصدق باطعام مسكين مدين من طعام ، فان عجز عنه تصدق بما استطاع ، فان عجز استغفرالله تعالى

هذا قول الشيخ في النهاية ، الا أنه لم يذكر « فان عجز تصدق بما استطاع » . ووجه هذه الزيادة أنه لايسقط الميسور بالمعسور .

أما المفيد فقال يقضي ولا كفارة عليه ، وقال ابن ادريس ان رجى زوال العجز أفطر ويقضي من غير كفارة .

وفي الكل نظر ، لان ذلك اليوم اما معين أو غيره ، والثاني يأتي به أي وقت شاء ولا كفارة ، والاول لا اثم فيه مع العجز ، فلا وجه لوجوب الصدقة

---

١) لم اعثر على رواية حنان واظن انها رواية اخيه خالد واشتبه الامر .

أما العتق فيتعين على الواحد في المرتبة .

ويتحقق ذلك بملك الرقبة أو الثمن مع امكان الابتياع .

ولا بد من كونها مؤمنة أو مسلمة .

والاستغفار . والحق حمل ما قيل على الاستحباب ليكون جبراً لفوات فضيلة المنذور .

قوله : ولابد من كونها مؤمنة او مسلمة

هنا فوائد :

(الاولى) لا خلاف في اعتبار الايمان في كفارة القتل ، واختلف في غيره، فقال الشيخ[1] في الخلاف والمبسوط وابن الجنيد باجزاء الكافر ، لعدم التقييد الا في القتل فيبقى ما عداه على أصل الاجزاء ، ولرواية حسين بن سعيد عن رجاله عن الصادق عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: كل العتق يجوز له المولود الا في كفارة القتل ، فان الله تعالى يقول « فتحرير رقبة مؤمنة »[2].

وفيه نظر ، اذ المطلق يحمل على المقيد كما تقرر في الاصول ، والرواية ضعيفة مع عدم دلالتها على المراد ، اذ المولود جاز أن يكون من مسلم .

وقال المرتضى والشيخ في النهاية[3] وابن ادريس[4] بعدم الاجزاء . وهو الحق، لعدم يقين البراءة بعتقه ، وانه خبيث لايتقرب بالانفاق منه ، لقوله تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »[5].

١) المبسوط ٦/٢١٢ ، الخلاف ٣/١٨ .
٢) سورة النساء : ٩١ . والحديث في التهذيب ٨/٣٢٠ .
٣) النهاية : ٥٦٩ .
٤) السرائر : ٣٦٠ .
٥) سورة البقرة: ٢٦٧.

(الثانية) اكثرالاصحاب اكتفوا بالتلفظ بالشهادتين، وهواختيار المصنف. وقال ابن ادريس لايكفي ذلك بل لابد من الايمان الاثنا عشرى، واختاره العلامة[1]. وهو الحق، لما قلناه من عدم يقين البراءة بغيره.

(الثالثة) يكفي في الايمان التبعية للابوين خاصة مطلقاً، وقال ابن الجنيد لايجزي في القتل الا البالغ الحنث[2]. لرواية الحسين بن سعيد ورواية معمر ابن يحيى عن الصادق عليه السلام[3]، وهومحمول على الندب. والمراد بالحنث الطاعة والمعصية أي يكتبان عليه.

والاقوى الاول، لقوله تعالى «وأتبعناهم ذرياتهم بايمان ألحقنا بهم ذرياتهم»[4]، ومعنى الاتباع في الايمان هو الحاق أحكامه بهم.

(الرابعة) من قال بكفر ولد الزنا لايجزي عتقه عنده، ومن قال بايمانه اذا وصف الايمان قال باجزائه. وهوالحق، لانه مؤمن فيدخل تحت النص، لرواية سعيد بن يسار عن الصادق عليه السلام: لا بأس بأن يعتق ولد الزنا[5].

نعم يشترط في ايمانه المباشرة ولا يكفي التبعية، اذ لا نسب هنا، فيشترط حينئذ البلوغ. ولا يكفي اسلام المراهق مطلقاً، لرفع القلم عنه. نعم تجب التفرقة بينه وبين من يخشى أن يستزله عن عزمه.

(الخامسة) الاخرس المتولد من كافرين مع بلوغه وعقله تكفي اشارته الدالة

---

١) المختلف، الجزء الخامس: ١١٥.

٢) بلغ الغلام الحنث اى الادراك والبلوغ. وقيل: اذا بلغ مبلغاً جرى عليه القلم بالطاعة والمعصية.

٣) الكافى ٤٦٢/٧، ورواية الحسين بن سعيد قد مرت قبيل هذا.

٤) سورة الطور: ٢١، والاية هكذا «والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم وما التناهم من عملهم من شيء كل امرىء بما كسب رهين».

٥) التهذيب ٢١٨/٨، الفقيه ٨٦/٣، الكافى ١٨٢/٦.

وان تكون سليمة من العيوب التى تعتق بها .

وهـل يجزى المدبر ؟ قال فـى « النهاية » : لا ، وفى غيرها بالجواز ، وهوأشبه .

على ايمانه .

قوله : وان تكون سليمة من العيوب التى تعتق بها

العيوب التى تعتق [بها] هي العمى والاقعاد والجذام والتنكيل، أما ماعداها من سائر أنواع العيوب كالمرض المدنف[1] والعور والعرج فيجزي العتق في الكفارة معه .

وقال ابن الجنيد لايجزي الخصي والأصم والأخرس ، وقال الشيخ فـي الخلاف[2] يجزى مقطوع اليدين والرجلين واحدى اليدين واحدى الرجلين، محتجاً بقوله تعالى « فتحرير رقبة مؤمنة »[3]. والحق أن مقطـوع الرجلين معاً غير مجز لاقعاده وما عداه مجز .

قوله : وهل يجزى المدبر ، قال فى النهاية لا وفى غيرها بالجواز ، وهو اشبه

لا كلام في اجزائه مع تقدم نقض تدبيره ، أما مع عدمه فقال في النهاية[4] لايجزي اعتماداً على رواية ، وقال ابن ادريس[5] والمصنف والعلامة يجزي . وهو أشبه ، لحصول الملك الذي هو شرط فـى الصحة وانتفاء المانع ، اذ ليس الا التدبير ، وهو يطل بقصد العتق عن الكفارة لانه وصية يجوز الرجوع

---

١) الدنف بالتحريك : المرض الملازم، والمريض المدنف اى المثقل فى المرض .
٢) الخلاف ٢٢/٣ .
٣) سورة النساء : ٩١ .
٤) النهاية : ٥٦٩ .
٥) السرائر : ٣٦٠ ، والقواعد ، الطرف الثانى من المقصد الثالث فى الكفارات.

فيها صريحاً أو فحوى .

وكذا اختلف في اجزاء المكاتب المشروط والمطلق الذي لم يؤد شيئاً ، فقال الشيخ[1] لايصح لعدم تمامية الملك، وقال ابن ادريس[2] بالصحة لانه مملوك وكل مملوك يصح عتقه، واختار العلامة في المختلف الاول وفي القواعد الثاني. وهو الحق .

أما المطلق المؤدي بعض كتابته فلا يجزي لسبق حرية بعضه فلا يكـون العتق لرقبة كاملة .

قوله : ويجزى الابق مالم يعلم موته

هذا هو المشهور، ذكره الشيخ في النهاية والمبسوط وابن ادريس ، قالا وعليه دلت أخبار أصحابنا المتواترة .

وقال في الخلاف : ان علم حياته اجزأ عتقه ، وان لم يعلم لم يجز. وبين القولين فرق، وهو أن المشكوك في حياته مجز على قوله الاول وغير مجز على قوله الثاني .

والحق ما اختاره العلامة في المختلف ، وهو عدم الاجزاء عند الشك في حياته ، لان الاحكام الشرعية منوطة بالعلم أو الظن ، وحيث يفقدان لم يجزأن يناط فيهما حكم شرعي ، والاستصحاب حجة مع عدم المعارض .

قوله : وام الولد

لا أعرف هنا مخالفاً ، الا ابن الجنيد فانه قال الأجود أنه لايجزي. والحق خلافه ، لانها مملوكة يصح بيعها فيجوز عتقها ، اذ لا قائل بالفرق . وتؤيده

١) النهاية : ٥٦٩ .

٢) السرائر : ٣٦١ .

وأما الصيام : فيتعين مع العجز عن العتق فى المرتبة .

ولاتباع ثياب البدن ، ولا المسكن فى الكفارة ، اذا كان قدر الكفاية ، ولا الخادم .

ويلزم الحرفى كفارة قتل الخطأ أو الظهار صوم شهرين متتابعين والمملوك صوم شهر .

رواية السكوني عن الصادق عن الباقر عن زين العباد عليهم السلام قال : أم الولد تجزي في الظهار[1] .

قوله واما الصيام ـ الى قوله : اذا كان قدر الكفاية

الضمير في « كان » عائد الى المسكن ، يريد أنه اذا لم يشتمل على زيادة لا يباع ، أما مع الزيادة فيباع الفاضل ويصرف في الرقبة مع وفائه بأقل رقبة مجزية ، وكذا لايباع لولم يزد وان غلا ثمنه وأمكن الاستبدال بالرخيص عنه مع بقاء فضلة تفي بالرقبة، لاصالة البراءة وشمول النص للغالي وعدم وجوب تحصيل شرط الواجب المشروط وارتفاع القيمة لا يعد مالا يناط به التكليف.

قوله : والمملوك صوم شهر

هذا قول الشيخين والقاضي اعتماداً على رواية محمد بن حمران صحيحاً عن الصادق عليه السلام: عليه نصف ما على الحرصوم شهر وليس عليه كفارة من صدقة ولا عتق[2]. والتقي وابن زهرة وابن ادريس لم يفرقوا بينه وبين الحر في ايجاب الشهرين لعموم الاية .

وأجيب : بأن الخاص مقدم .

---

١) التهذيب ٣١٩/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ ، وفيهما عن علي عليه السلام.

٢) التهذيب ٢٤/٨ ، الفقيه ٣٤٦/٣ ، الكافي ١٥٦/٦ .

فاذا صام الحرشهراً ومن الثاني شيئاً ولو يوماً أتم .

ولوأفطرقبل ذلك أعاد الالعذر كالحيض ، والنفاس ، والاغماء والمرض ، والجنون .

قوله : فاذا صام الحر شهراً ومن الثاني ولو يوماً اتم ، ولو افطر قبل ذلك أعاد الا لعذر كالحيض والنفاس والاغماء والمرض والجنون

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لو أفطر خلال الشهر الاول لغير عذر أنه يستأنف الصيام ، بخلاف ما لوكان لعذر ، فانه يبني عند زواله .

وذكر المصنف من الاعذار خمسة ، ويزيد على ذلك كل سفر ضروري بحيث يشمل عدمه على تلف نفس أو مال أو مرض ، وكذا السفر الواجب .

أما لواكره على الافطار فقال الشيخ ان وجر في حلقه فهو معذور بخلاف من ضرب حتى أفطر ، والوجه عدم الفرق في كون ذلك عذراً .

(الثانية) لوعلم طريان ما يقطع التتابع لم يجز له الصوم بل يجب التأخر الى زمان يسلم فيه الشهر واليوم .

(الثالثة) لوصام من الثاني يوماً كفى في التتابع، ولوصام باقيه متفرقاً اجزأ. وهل يكون مأثوماً؟ تردد فيه المصنف في الشرائع[1] من وجوب المتابعة فالمخل بها آثم الا لعذر ولا منافاة بين جواز البناء والاثم، ومن أن جواز التفريق دليل على عدم الاثم والا لم يكن التفريق جائزاً . هذا خلف .

ونقل عن المفيد وابن الجنيد وابن زهرة الأول ، والفتوى على الثاني لتعلق النهي بالافطار .

(الرابعة) العبد اذا تابع خمسة عشر يوماً كفاه ولوفرق الباقي أجزأه .

---

١) الشرائع ٢/ ٢١١ .

وأما الاطعام : فيتعين فى المرتبة مع العجز عن الصيام .

ويجب اطعام العدد لكل واحد مـد من طعام ، وقيل مدان مع القدرة. ولايجزى اعطاؤه لما دون العدد .

ولا يجوز التكرار من الكفارة الواحدة مع التمكن ، ويجوز مع التعذر .

(الخامسة) المراد بالشهر اما العدة بين الهلالين أو ثلاثون يوماً ، فالصائم في أثناء شهر يصوم الهلالي بعده ويكمل الاول بثلاثين على الاقوى ، لا أن يصوم قدر الفائت ، فان ذلك ليس شهراً بأحد التفسيرين .

(السادسة) لو جامع المظاهر نهاراً كان افطاراً قطعاً فيبطل التكفير لو كان في الشهر الاول اجماعاً ، أما لوجامع ليلا مطلقاً أو فينهار الثاني بعد أن صام منه يوماً فهل تبطل الكفارة ويجب الاستيناف ؟ قال الشيخ في المبسوط نعم ، واختاره العلامة . وهو الحق ، لقوله تعالى « فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا »[1] وهذا قد ماس قبل الشهرين فلم تقع الكفارة على الوجه المأمور فلا تجزي فيلزمه كفارتان .

وقال ابن ادريس لايجب الاستيناف بل كفارة واحدة أخرى ، لكونه وطئاً قبل التكفير التام . والفتوى على الاول .

قوله : لكل واحد مد من طعام وقيل مدان مع القدرة

الاول قول ابن بابويه، واختاره الحليون، لما رواه [فى رواية ن] عبدالله ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً : أطعم ستين مسكيناً مداً مداً[2] .

---

١) سورة المجادلة : ٤ .

٢) التهذيب ٣٢٢/٨ .

والثاني قول الشيخ في النهاية والمبسوط[1]، محتجاً بالاجماع والاحتياط. والاجماع ممنوع والاحتياط معارض بأصالة البراءة .

وقال التقي والمفيد[2] وسلار بحد الاشباع ، فحينئذ قد يجزي أقل من مد اذا حصل المعنى .

وهنا فوائد :

(الاولى) يجب اطعام مايسمى طعاماً كالحنطة والشعيرودقيقهما وخبزهما، ويجوز التمر والزبيب والدخن لانها تقتات .

(الثانية) قيل يجب في كفارة اليمين أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله ، وحمل على الافضلية . وكذا الافضل أن يطعم مايغلب على قوته من المذكورات.

(الثالثة) لايجوز دفع القيمة بل العين لاغير ، فلو أراد الرفق دفع مداً ثم اشتراه ودفعه الى آخر وهكذا. لكنه مكروه .

(الرابعة) قال ابن الجنيد : لو دفع حباً وجب دفع مؤنة طحنه وخبزه . وكذا قال : يجب الغداء والعشاء . والفتوى على خلافه فيهما .

(الخامسة) يجب في المستحق شرائط أخذ الزكاة . نعم هل يجزي الفقير هنا أم لا ؟ والحق ان قلنا انه اسوأ حالا أجزأ والا فلا .

وكذا لايجزي ابن السبيل والغارم والغازي مع ملكهما مؤنة السنة .

وقال الشهيد : ان أمكن ابن السبيل الاستدانة منع والا أعطي .

وفي المكاتب خلاف : منعه الشيخ لانه قسم للمساكين ، وجوزه العلامة

---

١) النهاية : ٥٦٩ ، المبسوط ١٧٧/٥ .

٢) المقنعة : ٨٨ ، وقال فيه : اواطعامهم لكل مسكين شبعة فى يومه ولايكون فى جملتهم صبى صغيرولاشيخ كبيرولا مريض، وادنى ما يطعم كل واحد منهم مد من طعام ، وهو رطلان وربع .

ويطعم ما يغلب على قوته ، ويستحب أن يضم اليه أدماً أعلاه اللحم ، وأوسطه الخل ، وأدناه الملح .

ولايجزى اطعام الصغار منفردين ، ويجوز منضمين .

ولوانفردوا احتسب الاثنان بواحد .

كالزكاة. والاقوى عندي الاقتصار على منطوق النص، وهو الحصر في المساكين ليقين البراءة معه .

قوله : ويستحب أن يضم اليه اداماً[1] ـ الى آخره

قال المفيد[2] يجب الضم ، والمراد بالادم ماجرت العادة بأكله مع الخبز مائعاً كان كالزيت والدبس أو جامداً كالجبن واللحم . وتابعه سلار مستندين الى رواية ابى بصير عن الباقر عليه السلام[3] وابـى جميلة عن الصادق[4] عليه السلام ، وحملنا على الاستحباب ، للاصل ولانه غير مذكور في رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[5].

قوله: ولا يجزى اطعام الصغارمنفردين ويجوزمنضمين، ولو انفردوا احتسب الاثنان بواحد

هنا فوائد :

(الاولى) ما ذكره المصنف هو قول الشيخ في النهاية[6] والقاضي، استناداً

---

١) فى المختصر النافع المطبوع: أدماً. الادام مايؤتدم به مائعاً كان أوجامداً، وجمعه أدم مثل كتاب وكتب .

٢) المقنعة : ٨٨ .

٣) الوسائل ٥٦٦/١٥ .

٤) الوسائل ٥٦٥/١٥ .

٥) الوسائل ٥٦٥/١٥ .

٦) النهاية : ٥٦٩ .

الى رواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[1]. وقال المفيد[2] لايجوز أن يكون فيهم صغير ولا شيخ كبير ولا مريض ، معتمـدا على رواية غياث عن الصادق عليه السلام[3] . وحملها الشيخ على كونهم منفردين[4] . وقال ابن الجنيد وابن بابويه في المقنع[5] لايجوز الصغار في كفارة اليمين .

(الثانية) احتساب الاثنين بواحد في الاطعام لا في الدفع ، فلو سلم اليهم سلم الى الصغير مثل الكبير. نعم يشترط في الصغير اذن الولي. وظاهر الشيخ في الخلاف[6] أنه لايشترط اذنه في التسليم أيضاً . والفتوى على خلافه .

(الثالثة) قال الشيخ[7]: اذا لم يجد المؤمنين ولاأطفالهم أطعم المستضعف معتمداً على رواية يونس عن ابىالحسن عليه السلام[8] ، ومنعه ابن ادريس[9] . وهو الحق ، لان مصرفها مصرف الزكاة . وقال القاضي ونعم ما قال : اذا لم يجد المؤمنين ولاأولادهم تبقى في ذمته الى أن يجدهم .

---

١) والظاهر هو الحديث الذى مر آنفاً ، واخرجه فى الوسائل عن الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام فى قول الله عزوجل « من اوسط ما تطعمون اهليكم » قال: هو كما يكون ان يكون فى البيت من يأكل المد ومنهم من يأكل اكثر من المد ومنهم من يأكل أقل من المد فبين ذلك . الخ .

٢) المقنعة : ٨٨ .

٣) الوسائل ٥٧٠/١٥ .

٤) الاستبصار ٥٣/٤ .

٥) المقنع : ١٣٦ .

٦) الخلاف ٢٧/٣ .

٧) النهاية : ٥٧٠ .

٨) التهذيب ٢٩٧/٨ .

٩) السرائر : ٣٦١ .

مسائل :

(الاولى) كسوة الفقير ثوبان مع القدرة . وفــي رواية يجزى الثوب الواحد ، وهو أشبه .

و كفارة الايلاء مثل كفارة اليمين .

قوله : كسوة الفقير ثوبان مع القدرة، وفى رواية يجزى الثوب الواحد وهو اشبه

روى الحلبى عن الصادق عليه السلام: ان الكسوة ثوبان[1]. وروى ابو بصير عنه عليه السلام : ثوب واحد[2] ، فاختلف الاصحاب في الجمع بينهما على أقوال :

(الاول) قول الشيخ[3] أن الثوبين للقادر والثوب الواحد للعاجز ، وكذا فصل التقي .

(الثاني) قول ابن الجنيد أن الثوبين يعطاهما المرأة ، لانه لاتصح صلاتها الا في درع وخمار ، والثوب الواحد يعطاه الرجل لصحة صلاته فيه .

(الثالث) حمل رواية الثوبين على الندب والواحد على الوجوب ، وهو الاجود وعليه الفتوى .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) يكفي في الثوب مسماه ولو ازاراً أورداء أوسراويل ، ولايجزي المنطقة والدرع والنعل .

---

١) الوسائل ١٥/٥٦٧ .

٢) الوسائل ١٥/٥٦٦ .

٣) النهاية : ٥٧٠ .

(الثانية) من عجزعن العتق فدخل فى الصيام ثم تمكن من العتق لم يلزمه العود وان كان أفضل .

(الثالثة) كل من وجب عليه صـوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانية عشر يوماً .

فان لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام ، فان لم يستطع استغفر الله سبحانه .

(الرابعة) يشترط فى المكفر البلوغ ، و كمال العقل ، والايمان ونية القربة ، والتعيين .

(الثانية) لايشترط كونه جديداً بل يكفي ولوغسيلا بقيت اكثرمنفعته . نعم الجديد أفضل .

(الثالثة) على قدر المكسوان كان صغيراً فيكفي ما يواريه ولو كانوا منفردين وكذا فـي الرجل القصيروالطويل ، فلوأعطي الكبيرما يواري الصغير فالاشبه عدم الاجزاء لانتفاء المعنى المشروع لاجله .

(الرابعة) يجب كونه من جنس ما يصلىفيه المكسو، فيجوزالقطن والكتان والصوف والشعر والوبر من المأكول والفرومنه والحرير للنساء لاللرجال .

(الخامسة) لايجوز هنا أيضاً اعطاء القيمة بل العين كما تقدم .

قوله : ونية القربة والتعيين

هنا مسألتان :

(الاولى) من نية القربة لكون التكفير عبادة مشروطة بالاخلاص الذي هو معنى التقرب ، ولان العتق والصوم والاطعام تحتمل وجوهاً مـن العبادة ، فلا يختص بأحدها الابالنية .

ويلزم من اشتراط القربة أن يكون مجرداً عن العوض والا لم يكن مخلصاً فلو أعتق عبده عن كفارته وشرط عليه عوضاً لم يجزلعدم تمحض المعتق للقربة. وكذا لوقال له أجنبي أعتق عبدك عن كفارتك ولك علي كذا لم يجز، لما قلناه من عدم التمحض القربة . وكذا لايقع أيضاً عن غير الكفارة لعدم القصد .

(الثانية) اختلف في اشتراط التعيين ، فقال الشيخ في النهاية والخلاف[١] يشترط التعيين مع الاختلاف ، وقال في المبسوط[٢] لايشترط ، وقال المصنف في الشرائع [٣] يعتبرنية التعيين ان اجتمعت أجناس مختلفة على الاشبه، واستشكل اشتراط التعيين لو كانت من جنس واحد . ووجه الاشبهية ما تقدم من أن النية وضعت لتمييز المشتركات ، ووجه الاشكال من أن كل واحد منهما عمل يشترط تعيينه ، ومن أن التكفير جنس شامل فيتناول جملة ما تحته من الجزئيات .

والمراد بالتجانس في كلامه التجانس في السبب لافي كيفية الكفارة، فالقتل والظهار حينئذ جنسان .

وأما العلامة فقال في القواعد[٤] يجزي الاطلاق مع اتحاد السبب كافطار يومين أوقتلي خطأ لامع اختلافه ، وقال في المختلف[٥] يشترط التعيين ان كان السبب مختلفاً والحكم مختلفاً ككفارة الظهار ورمضان والا لايشترط :

أما الاول فلانه اذا أعتق من غير تعيين لم يكن صرفه الى احدى الكفارتين بأولى من الاخرى ، لكن صرفه الى الظهار يبقى التخيير بين الخصال الثلاث وصرفه الى كفارة رمضان يقتضي تعيين العتق مرة ثانية، وهما مختلف فلاأولوية

---

١) الخلاف ٣/٢١ .

٢) المبسوط ٦/٢٠٩ .

٣) الشرائع ٢/٢١٠ .

٤) القواعد، المطلب الثاني من الطرف الثاني من المقصد الثالث من كتاب الايمان.

٥) المختلف ، الجزء الخامس : ١١٤ .

فلايدرك الحكم الواجب على المكلف .

وأما الثاني فلانه اذا نوى الكفارة ارتفعت كفارة مطلقة بقيت الاخرى، اما يتعين فيها العتق ثانياً ان كان كفارة ظهار وقتل الخطأ أويخير فيها بين الخصال ككفارتي يمين. وما ذكره المصنف هنا من اشتراط التعيين مطلقاً أولى لحصول يقين البراءة به .

كتاب اللعان

والنظر فى أمور أربعة :

قوله :كتاب اللعان

اللعان[1] لغة مطلق المباهلة ، وشرعاً مباهلة بين الزوجين لازالة حد أوقطع نسب ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم ، وهو فعال من اللعن ، وهو الطرد والابعاد .

ومشروعيته بالكتاب في قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم »[2] وبالسنة في قضية هلال بن امية لما رمى زوجته بشريك بن سحماء فنزلت الايات[3]، وقضية عويمر العجلاني حين جاء الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: يارسول الله الرجل يجد مع امرأته رجلا فقتله فتقتلونه وان هو صبر صبر على أمر من العلقم وان ذهب ليجيء بالبينة بلغ مراده منها .

١) قال فى الشرح الكبير : هو لغة المباهلة المطلقة اوفعال من اللعن ،وهو الطرد والابعاد من الخير، والاسم اللعنة .وشرعاً المباهلة بين الزوجين بكلمة مخصوصة فى ازالة حد اونفي ولد عند الحاكم . الى آخر ما قال .

٢) سورة النور : ٦ .

٣) سنن ابى داود ٢ /٢٧٦ ، سنن ابن ماجة ١ /٦٦٨ ، مجمع البيان ٧ /١٣٨ ، التفسير الكبير للفخر الرازى ٢٣ /١٥٣ ، ١٦٤ ، ١٦٦ .

الاول : ـ السبب ، وهو أمران :

(الاول) قذف الزوجة بالزنى مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة.

ولا يثبت لو قذفها في عدة بائنة ، ويثبت لو قذفها في رجعية .

(الثاني) انكار من ولد على فراشه لستة أشهر فصاعداً من زوجة موطؤة بالعقد الدائم ، مالم يتجاوز أقصى الحمل .

فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك قرآناً فاذهب فأت بها فتلاعنا[1] .

والاية وان نزلت في هلال لكن تقرر في الاصول أن خصوص السبب لا يخصص، مع قوله صلى الله عليه وآله وسلم: حكمي على الواحد حكمي على الجماعة[2].

قوله: الاول السبب وهوأمران «الاول» قذف الزوجة بالزنا مع ادعاء المشاهدة وعدم البينة

هنا فوائد :

(الاولى) قيدالمصنف في الشرائع الزوجة بكونها محصنة، فلايثبت لو كانت مشهورة بالزنا حد ولالعان .

(الثانية) اولم يدع المشاهدة فهوقاذف ان أقام البينة فلاشيء عليه والاحد للقذف ، وكذا لو كان أعمى .

(الثالثة) هل يثبت اللعان مع وجود البينة ؟ قال الاكثر لانظراً الى قوله

---

١) صحيح البخاري ٧٩٩/٢ ، سنن ابى داود ٢٧٣/٢ ، سنن ابن ماجة ٦٦٧/١. اسدالغابة ١٥٨/٤ ، الاصابة ٤٥/٥ .

٢) عوالى اللئالى ٩٨/٢ .

تعالى « ولم يكن لهم شهداء الأأنفسهم »[1]، ولرواية ابن عباس: ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لهلال بن امية: البينة والافخذ في ظهرك[2].

وقال الشيخ في الخلاف[3] نعم، واختاره العلامة فى المختلف[4]، محتجاً بـأن الاية خرجت مخرج الاغلب، والحكم المقيد بالوصف الخارج مخرج الاغلب لايدل على نفيه عماعداه.

واختار المصنف في الشرائع الاول[5]، وجعله أشبه. وهوالاقرب، لان اللعان أمرشرعي يتوقف ثبوته على حكم الشارع ولم يثبت الامع عدم البينة، ولايستدل بمفهوم الاية ليكون من باب دليل الخطاب.

(الرابعة) هل الاعتبار بالزوجية حال القذف أوحال الزنا؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول[6]، لعموم « والذين يرمون المحصنات»[7] الاية، ولانه لوقذف المسلمة بزنا اضافه الى زمن الكفر عزر، ولواعتبر حال القذف لحد.

وفيهما نظر: أما الاية فلتخصيصها بآية اللعان، وأما الثاني فلمنع التعزير أيضاً.

(الخامسة) هذاالسبب ـ أعني القذف بالزنا ـ ذكره الثلاثة وأتباعهم وعلي ابن بابويه وابن الجنيد، ومستنده سبب النزول كما قلناه.

---

١) سورة النور: ٦.

٢) سنن ابى داود ٢/ ٢٧٦، سنن ابـن ماجة ١/ ٦٦٨ وفيهما « البينة او حد فى ظهرك ».

٣) الخلاف ٣/ ٣١.

٤) المختلف، الجزء الخامس: ٥٧.

٥) الشرائع ٢/ ٢١٥.

٦) المبسوط ٥/ ١٩٣.

٧) سورة النور: ٤.

وكذا لو أنكره بعد فراقها ولم تتزوج ، أوبعد أن تزوجت وولدت لاقل من ستة أشهر منذ دخل .

الثاني : في الشرائط .

ويعتبر في الملاعن البلوغ وكمال العقل .

وفي لعان الكافر قولان أشبههما : الجواز ، وكذا المملوك .

والصدوق في المقنع[1] حصره في نفي الولد، محتجاً برواية ابى بصيرعن الصادق عليه السلام : لايكون اللعان الابنفي الولد[2].

وأجيب : بأن في طريقها عبدالكريم بن عمرو وهو واقفي، مع أن حصرها منفي بالاية .

قوله : وفى لعان الكافر قولان اشبههما الجواز ، وكذا المملوك

هنا مسألتان :

(الاولى) ان الكافر هل يقع منه اللعان أم لا ؟ قال الشيخ[3] في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق في المقنع[4] والتقي والقاضي نعم، لعموم الاية ولرواية الحلبى حسناً عن الصادق عليه السلام[5] .

وقال المفيد[6] وسلار وابن الجنيد لا ، لرواية ابن سنان عن الصادق عليه

---

١) المقنع : ١٢٠ .

٢) التهذيب ٨/ ١٨٥ ، الاستبصار ٣/ ٣٧١ .

٣) النهاية: ٥٢٣، المبسوط ٥/ ١٨٢ ، الخلاف ٣/ ٣١ .

٤) المقنع : ١٢٠ .

٥) التهذيب ٨/ ١٩٥ .

٦) المقنعة : ٨٥ .

وفى الملاعنة البلوغ ، وكمال العقل ، والسلامة من الصمم والخرس .

ولو قذفها مع أحدهما بما يوجب اللعان حرمت عليه .

وأن يكون عقدها دائماً .

وفى اعتبار الدخول قولان ، المروى أنه لايقع قبله .

وقال ثالث بثبوته بالقذف دون النفى للولد .

السلام[1] ، ولان اللعان شهادة لقوله «ولم يكن لهم شهداء الاأنفسهم»[2]. ويشترط فيه لفظ الشهادة ، فيشترط فيه الاسلام. وفصل ابن ادريس[3] فجوزه لنفي الولد لاللقذف .

(الثانية) هل يقع من المملوك ؟ قال الشيخ والصدوق والتقي والقاضي وابن الجنيد نعم للعموم، ومنع المفيد وسلار، وفصل ابن ادريس[3] كما تقدم والحجة للكل ما تقدم .

قوله : وفى اعتبار الدخول قولان ، المروى انه لايقع قبله ، وقال ثالث بثبوته بالقذف دون نفى الولد

قال الشيخ[4] والقاضي والتقي وابن زهرة يشترط الدخول ، لرواية محمد ابن مضارب عن الصادق عليه السلام قال : لايكون ملاعناً حتى يدخل بها[5] .

---

١) التهذيب ١٨٨/٨ ، الفقيه ٣٤٧/٣ ، الاستبصار ٣٧٣/٣ .

٢) سورة النور : ٦ .

٣) السرائر : ٣٣٠ .

٤) النهاية : ٥٢٢ .

٥) التهذيب ١٩٧/٨ .

ويثبت بين الحر والمملوكة، وفيه رواية بالمنع، وقول ثالث بالفرق.

وكذا في رواية ابي بصير موثقاً عن الصادق عليه السلام[1] وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد.

ونقل ابن ادريس[2] قولا بعدم اشتراطه عملا بعموم الاية، ثم انه فصل وأحسن في تفصيله بأنه يشترط في نفي الولد الدخول، لانه قبل الدخول غير لا حق به، أما الرمي بالزنا فلايشترط فيه. وهو القول الثالث المشار اليه. قال ابن ادريس: وبهذا التفصيل يرتفع الخلاف، لان القائل الاول أراد به نفي الولد والثاني أراد القذف.

قال السعيد[3]: وهذا صلح من غير تراض من الخصمين.

قلت: لان دعوى الارادة مع صريح التعميم غير معلوم من القائل. نعم لو قال وبهذا التفصيل يجمع بين القولين كان أنسب.

قوله: ويثبت بين الحر والمملوكة، وفيه رواية بالمنع، وهو قول ثالث بالفرق

أما الثبوت فلعموم الاية، ولرواية محمد بن مسلم عن أحدهما[4] عليهما السلام صحيحاً، وهو قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق[5]،

---

١) التهذيب ١٩٢/٨، الفقيه ٣٤٦/٣.

٢) السرائر: ٣٣٠.

٣) الايضاح ٤٤٤/٣، قال فيه بعد نقل تفصيل ابن ادريس: والتفصيل حسن لكن نقله عن الاصحاب صلح من غير تراض الخصمين.

٤) التهذيب ١٨٨/٨، الفقيه ٣٤٧/٣، الاستبصار ٣٧٣/٣.

٥) النهاية: ٥٢٣، المبسوط ١٨٢/٥، الخلاف ٣١/٣، المقنع: ١٢٠.

ويصح لعان الحامل ، لكن لايقام عليها الحد حتى تضع .

الثالث : ـ الكيفية : وهو أن يشهد الرجل أربعاً بالله ، انه لمن الصادقين فيما رماها به ، ثم يقول « ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين » ثم تشهد المرأة أربعاً انه لمن الكاذبين فيما رماها به .

وابن الجنيد ، واختاره العلامة في المختلف[1] .

وأما الرواية بالمنع فهي رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام صحيحاً: لايلاعن الحر الامة[2] الحديث . وبها قال المفيد[3] .

وأجيب : بالحمل على المنكوحة بالملك ، جمعاً بينها وبين رواية ابن مسلم المتقدمة .

وأما القول الثالث ـ وهو الفرق بثبوته في نفي الولد دون القذف ـ فوجهه أنه لاحد في قذف الرق .

وفيه نظر ، لانه وان لم يكن حد لكنه يثبت التعزير ، فلم لايثبت اللعان لاسقاطه .

قوله : ويصح لعان الحامل لكن لايقام عليها الحد حتى تضع

لاخلاف أنه لواعترفت أونكلت لايقام عليها الحد الابعد الوضع ، لكن المفيد[4] منع من لعانها قبل الوضع ، وتبعه سلار والتقي ، لرواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه قال : يلاعن في كل حال الا أن

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٥٤ .

٢) التهذيب ١٨٨/٨ ، الاستبصار ٣٧٣/٣ ، الفقيه ٣٤٧/٣ .

٣) المقنعة : ٨٥ .

٤) المقنعة : ٨٥ .

ثم تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

والواجب فيـه النطق بالشهادة ، وأن يبـدأ الرجل بالتلفظ باللفظ العربى مع القدرة . والمستحب أن يجلس الحاكم مستد بر القبلة ، وأن يقف الرجل عن يمينه ، والمرأة عـن يساره ، وأن يحضرمن يسمع اللعن .

تكون حاملا[1] ، ولان وضع الحمل قد يعلم به صدق أحدهما اذا علـم وقت الدخول بها فيؤخر اللعان لذلك .

وقال الشيخ يصح لعانها لعموم الاية ، والحمل غيرصالح للتخصيص، فان وجوب الحد لونكلت لايستلزم اقامته حتى يخصص العموم به .

قوله : والواجب فيه النطق بالشهادة

هنا فوائد :

(الاولى) يجب هنا النطق بالشهادة كما ذكر، فلوغيرأوبدل ما يفيد المعنى لم يجز .

(الثانية) يجب ذكر اللعن في الرجل والغضب في المرأة ، فلوعكس أو أتى بالمرادف اوأتى بالظاهر بدل الضمير كقوله «على نفسي» أو «على فلان» وذكر اسمه لم يجز .

(الثالثة) لوكان أخرس أشاربما يفهم منه ، كما في الاحكام من اقرار وشهادة وغيرهما. وتوقف ابن ادريس[2] لعدم العلم باشارته. فليس بشيء، لسماع اقراره بالقتل بمجرد اشارته المعقولة فهنا أولى .

قوله : والمستحب ان يجلس الحاكم مستدبرالقبلة وان يقف الرجل عن يمينه والمرأة عن يساره

---

١) التهذيب : ١٩٠/٨ ، الاستبصار ٣٧٥/٣ .

٢) السرائر : ٣٣٠ .

ووعظ الرجل بعد الشهادة قبل اللعن ، وكذا المرأة قبل ذكر الغضب .

الرابع : فى الاحكام وهى أربعة :

(الاول) يتعلق بالقذف وجوب الحد على الزوج، وبلعانه سقوطه وثبوت الرجم على المرأة ان اعترفت أو نكلت، ومع لعانها سقوطه عنها ، وانتفاء الولد عن الرجل ، وتحريمها عليه مؤبداً .

ولو نكل عن اللعان ، أو اعترف بالكذب حد للقذف .

(الثانى) لو اعترف بالولد فى أثناء اللعان لحق به وتوارثا وعليه الحد .

ولو كان بعد اللعان لحق به وورثه الولد ولم يرثه الاب ومن لايتغرب به ، ويرثه الام ، ومن يتغرب بها .

هنا فائدتان :

(الاولى) المشهور أن اللعان انما يقع عند الامام أونائبه ، للاحتياج الى معرفة أحكام يحتاج فيهما الى الامام أومن يقوم مقامه من نائب أومجتهد حال الغيبة . وقال الشيخ في المبسوط انه يقع عند من يرضى به الزوجان .

(الثانية) الاكثر على أن المرأة تكون قائمة في حال تلفظ الرجل ، لرواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى حكاية اللعان زمن النبى الى أن قال : فأوقفهما رسول الله «ص» ثم قال للرجل : اشهد ـ الى آخره[1] .

1) التهذيب ١٨٤/٨ ، الفقيه ٣٤٩/٣ .

وفى سقوط الحد هنا روايتان ، أشهرهما : السقوط .

ولواعترفت المرأة بعداللعان بالزنى لم يثبت الحد الا أن تقر

وقال الشيخ وابنا بابويه وابن ادريس تكون قاعدة لرواية البزنطي عن الرضا عليه السلام[1] .

قوله : وفى سقوط الحد هنا روايتان اشهرهما السقوط

رواية عدم السقوط عن محمدبن الفضيل عن الكاظم عليه السلام[2]، وعمل بها المفيد[3] وابن ابى عقيل والشيخ في المبسوط[4] والخلاف والعلامة في القواعد[5]، لما في اللعان من تأكيد القذف وتكراره واشتهاره، فكان أولى بثبوت الحد ، لانه اقر بأنه كذب فيه .

ورواية السقوط عن الحلبي عن الصادق عليه السلام[6] ، وعمل بها الشيخ في النهاية[7] والعلامة في المختلف ، وهو اختيار المصنف . ويريد بقوله هنا الاعتراف بعد اللعان .

قوله : ولو اعترفت المرأة بعد اللعان بالزنا لم يثبت الحد الا ان تقر

---

١) الوسائل ٥٨٧/١٥ ، اخرج عن الكافى بطريقه عن ابن ابى نصر عن جميل عن محمد بن مسلم قال : سألت ابا جعفرعليه السلام عن الملاعن والملاعنة كيف يصنعان ؟ قال: يجلس الامام مستدبرالقبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذائه ويبدأ بالرجل ثم ا مرأة. الـخ .

٢) التهذيب ١٩٤/٨ ، الاستبصار ٣٧٦/٣ .

٣) المقنعة : ٨٥ .

٤) المبسوط ١٨٨/٥ .

٥) القواعد ، المقصد الثالث من الباب الخامس فى اللعان

٦) التهذيب ١٩٢/٨ ، الفقيه ٣٤٨/٣ .

٧) النهاية : ٥٢١ .

أربعاً على تردد .

(الثالث) لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر ، فاذا أقامت بينة انه أرخى عليها الستر لاعنها وبانت منه ، وعليه المهر كملا . و هى رواية على بن جعفر عن أخيه .

وفى «النهاية» وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط . وفي ايجاب الجلد : اشكال .

اربعا على تردد

ينشأ من قوله في الشرائع[1] « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات » وهذه قد شهدت والعذاب هو الحد فلا موجب لعوده ، ومن أنها أقرت أربعاً ، وكل من اقر أربعاً ثبت الحد عليه فهو سبب متجدد . واختاره الشيخ في النهاية وابن ادريس[2] .

قوله : لو طلق فادعت الحمل منه فأنكر فان اقامت بينة انه ارخى عليها الستر لاعنها وبانت منه وعليه المهر كملا ، وهى رواية على بن جعفر عن اخيه عليه السلام[3] ، وفى النهاية وان لم تقم بينة لزمه نصف المهر وضربت مائة سوط ، وفى ايجاب الحد [الجلد ن] اشكال

توجيه الرواية أن خلوة الشاب الصحيح المزاج بعرسه مظنة الدخول ، فيكون قولها موافقاً للظاهر ، فيكون القول قولها ، فاذا أنكر الزوج فقد أنكر الظاهر فاحتاج الى اللعان لانها فراشه في الظاهر ، فيجب المهر كملا لالتحاق

---

١) الشرائع ٢١٦/٢ ، ٢١٧ .

٢) النهاية : ٥٢١ ، السرائر : ٣٣١ .

٣) التهذيب ١٩٣/٨ .

(الرابع) اذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث.

وفي رواية «ابي بصير» ان قام رجل من أهلها فلاعنه فلا ميراث له.

وقيل: لايسقط الارث لاستقراره بالموت، وهو حسن.

الولد به المستلزم للوطى.

وفيه نظر، لانا نمنع أن كل شاب صحيح المزاج خلى بعرسه تكون خلوته مظنة للدخول، لما شاع وذاع من وقوع السبب المسمى بالربط، فانه يقع كثيراً.

قال ابن ادريس[1] ونعم ما قال: الرواية مبنية على أن الخلوة دخول، والصحيح عند المحصلين من أصحابنا أن الخلوة لاتأثير لها، فالقول قول الزوج، ولا يلزمه سوى نصف المهر ولا لعان بينهما.

هذا كله مع اقامة البينة بالخلوة، اما مع عدم الاقامة فلاريب في عدم لزوم المهر كملا، لعدم ثبوت موجبه وهو الدخول.

وأما قول الشيخ[2] بوجوب جلدها لعدم ثبوت دعواها فتكون زانية. فليس بشيء، لان عدم اقامة البينة لايستلزم كذبها في نفس الامر وثبوت زناها الموجب لجلدها، ولانها ادعت امراً ممكناً، فتكون شبهة مسقطة للحد كما دل عليه الحديث المشهور.

قوله: اذا قذفها فماتت قبل اللعان فله الميراث وعليه الحد للوارث وفي رواية ابي بصير[3]) ان قام رجل من اهلها فلاعنه فلا ميراث له، وقيل لايسقط الارث لاستقراره بالموت، وهو حسن

---

١) السرائر: ٣٣١.

٢) النهاية: ٥٢٣.

٣) التهذيب ٨/ ١٩٠.

أماالاول وهوثبوت الميراث فلبقاء الزوجية الى حين الموت وعدم المسقط وهو اللعان ، وأما الثاني: وهو ثبوت الحد فلان القذف موجب للحد ولايسقط مع عدم التصديق أو العفـو الا بالبينة أو اللعان والفرض انتفاؤهما ، فللوارث المطالبة به .

وهل له اسقاطه باللعان؟ قال العلامة في القواعد[1] نعم ، ولا يفتقر الى لعان الوارث ، لعموم الاية ولانه شهادات للاية والشهادة لايشترط فيهاحياة المشهود عليه .

وفيه نظر ، لعدم ورود اللعان الا بين الزوجين والفرض خلافه .

وأما الرواية فعمل بها الشيخ في النهاية[2] قال : وان لم يقم أحد يلاعنه فله الميراث ويحد ثمانين سوطاً . وتـبعه القاضي وابن حمزة ، والروايـة مقطوعة فلا يعمل بها، ومثلها رواية أخرى عن زيد بن علي عن ابيه عن علي عليه السلام[3] فرجالهما امازيدي أوعامي فلا عمل عليها أيضاً .

مع أن لعان الوارث غير متصور لكونه مستلزماً للقطع بكذب الزوج الذي لااطلاع له عليه ، وايراده على صورة نفي العلم تغيير لصورة اللعان .

قال ابن ادريس : رجع الشيخ عن قوله هذا في المبسوط والخلاف وقال الاحكام الاربعة ـ أعني سقوط الحد عن الزوج وانتفاء النسب ـ وزوال الفراش والتحريم المؤيد ـ لاتتعلق الابلعان الزوجين معاً ، فما لم يحصل اللعان بينهما لايثبت شيء من هذه الاحكام على مقتضى مذهبنا .

وهوالحق وعليه الفتوى .

---

١) القواعد ، المقصد الثالث من الباب الخامس فى اللعان .

٢) النهاية : ٥٢٣ .

٣) التهذيب ١٩٤/٨ ، الفقيه ٣٤٨/٣ .

وقول المصنف « وقيـل لا يسقط الارث لاستقراره بالموت » كأنه ايراد على الرواية ، تقريره : انا لو فرضنا قيام رجل من أهلها وجواز حصول اللعان بينهما لما كان ذاك موجباً لقطع الارث لاستقراره بالموت وتأخر اللعان. وهو ايراد حسن .

كتاب العتق

والنظر فى الرق وأسباب الازالة :

أما الرق فيختص بأهل الحرب دون أهل الذمة ، ولو أخلوا بشرائطها جاز تملكهم .

ومن أقر على نفسه بالرقية مختاراً فى صحة من رأيه ، حكم برقيته .

واذا بيع فى الاسواق ثم ادعى الحرية لم يقبل منه الا ببينة .

قوله: كتاب العتق

العتق لغة الحرية ، و كذلك العتاق بالفتح والعتاقة ، يقال عتق العبد يتعق بالكسر عتقاً وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق وعاتق ، واعتقته أنا ، قيل هو مأخوذ من الخلوص، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير اي خالصها، وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة[1].

---

١) قال فى المهذب : قيل ـ فى تسمية البيت عتيقاً ـ لانه اعتق من الغرق ، أى خلص .

ولا يملك الرجل ولاالمرأة أحد الابوين وان علوا، ولاالاولاد وان سفلوا. وكذا لايملك الرجل ذوات الرحم من النساء المحرمات كالخالة والعمة وبنت الاخت وبنت الاخ ، وينعتق هؤلاء بالملك ويملك غيرهم من الرجال والنساء على كراهية ، ويتأكد فيمن يرثه.

وشرعاًتخليص الرقبة من الرق وقيل ازالة قيدالرق من أهله في محله منجزاً بصيغة مخصوصة تقرباً الى الله تعالى.

وهومعلوم من الكتاب في قوله « واذتقول للذي أنعم الله عليه وانعمت عليه»[1] قال المفسرون نعمة الله بالاسلام ونعمة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم بالعتق.

ومن السنة في قوله صلى الله عليه وآله : من أعتق مؤمناً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضومنه عضواً له من النار[2] وهودليل فضيلته أيضاً.

ولما كان تخليصاً من الرق فلابد من البحث في الرق وأسباب ازالته ، فلذلك قدم البحث فيهما.

قوله : ولايملك الرجل ولاالمرأة احد الابوين وان علواولا الاولاد وان سفلوا

هنا فوائد :

(الاولى) في قوله « ولايملك الرجل » الى آخره ، مناقشة فانه لولم يملك لماعتق عليه ، فان سبب العتق الملك كمايجيء ، ونفيه بسبب العتق نفي للعتق، لان عدم سبب شيء سبب لعدم ذلك الشيء كماتقرر في الكلام أن عدم المعلول مستند الى عدم علته. نعم لايملك ملكاً مستقراً، فلوقال ولايستقر ملك الرجل الى آخر

---

١) سورة الاحزاب : ٣٧ .

٢) التهذيب ٢١٦/٨، وفيه « مسلماً» بدل « مؤمناً » ، وفيه أيضاً : عضواً من النار .

وهل ينعتق عليه بالرضاع من ينعتق بالنسب ؟ فيه روايتان ، أشهرهما : انه ينعتق . ولا ينعتق على المرأة سوى العمودين .

واذا ملك أحدالزوجين صاحبه بطل العقد بينهما وثبت الملك.

أما ازالة الرق فأسبابها أربعة : الملك ، والمباشرة ، والسراية والعوارض ، وقدسلف الملك .

الكلام زالت المناقشة .

(الثانية) اختلف الفقهاء في أن العتق يقع بعدالملك بعدية زمانية أومعه ، بمعنى أن الشراء سبب للعتق من غير دخول في الملك .

ذهب الى كل من الاحتمالين قوم،لاحتمال النص لهما. والحقأن الايجاب والقبول سبب في الملك والملك سبب في العتق ، فيكون العتق مع الملك بالزمان وبعده بالذات ، كحركة الخاتم مع حركة الاصبع . أو نقول : يقع الملك في أول آنات العتق ثم يقع العتق في باقيها .

(الثالثة) قيل عتقالقرابة مستفاد من قوله تعالى «ان دعوا للرحمن ولداً * وما ينبغي للرحمنأن يتخذولداً * ان كل من في السماوات والارض الا آتي الرحمن عبداً»[1] جعل بين البنودية والنبوة منافاة ، لانه نفى البنوة وأثبت العبودية ، فلا يجتمعان والالكان المثبت عين المنفي. وفيه بحث ذكرناه في الكنز.

قوله: وهل ينعتق عليهبالرضاع منينعتق بالنسب؟ فية روايتان اشهرهما انة ينعتق

رواية ابيبصير وابيالعباس وعبيد كلهم عن الصادق عليهالسلام[2] تدل على

---

١) سورة مريم : ٩٣ ، ٩٤ .

٢) الفقيه ٦٦/٣ ، التهذيب ٢٤٣/٨ ، الاستبصار ١٧/٤ .

أما المباشرة : فالعتق ، والكتابة ، والتدبير ، والاستيلاد .

وأما العتق : فعبارته الصريحة التحرير ، وفى لفظ العتق تر دد، ولا اعتبار بغير ذلك من الكنايات وان قصد بها العتق ، ولا تكفي الاشارة ولا الكتابة مع القدرة على النطق .

العتق ، وعمل بذلك الشيخ والصدوق في المقنع [1] ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم: يحرم من الرضاع مايحرم من النسب[2] ورواية عبدالله بن سنان عنه عليه السلام[3] تدل على عدمه، وكذارواية الحلبي عن الصادق عليه السلام ، ورواية ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، وأفتى بمضمونها المفيد والتقي وابن ادريس .

والمشهور قول الشيخ ، ورواياته مع ضعف ماروا ه المفيد ، أما الاولى ففي طريقها سماعة ومحمد بن زياد ، وأما الثانية ففي طريقها ابن فضال .

قوله : اما المباشرة فالعتق والكتابة والتدبير والاستيلاد

في جعل الاستيلاد سبباً مستقلا نظر ، لانه لو كان كذلك لانعتق بمجرده، وهو باطل اجماعاً منا ، بل انما ينعتق لدخولها في ملك ولدها فيكون داخلا في قسم الملك لاسبباً برأسه .

ولو قيل: ان الاستيلاد سبب للملك فيكون سبباً في الجملة. قلنا: موت السيد سبب له أيضاً ، فكان ينبغي أن يعد سبباً . ويمكن أن يجاب بأن الاستيلاد سبب مباشر بخلاف الموت فانه من جهته تعالى .

قوله : وفى لفظ العتق تردد

---

١) النهاية : ٥٤٠ ، المقنع : ٩١ .

٢) سنن ابن ماجة ٦٢٣/١ ، التهذيب ٢٩١/٧ ، ٢٤٤/٨ ، الوسائل ٢٨٠/١٤ .

٣) التهذيب ٢٤٥/٨ .

ولا يصـح جعله يميناً ، ولابد من تجريده عـن شرط متوقع أوصفة .

قيل منشأه من أن العتق كناية عن الحرية أومرادف لها ، فيكون صريحاً .

وفيه نظر، فان العتق صريح في ازالة الرق لغة وعرفاً، وهماظاهران ، وشرعاً أيضاً للاتفاق على صحته في « أعتقتك » «وتزوجتك» و« جعلت عتقك مهرك »، وكذا في صورة عتق الصادق عليه السلام : هذا ما أعتق جعفر بن محمد غلامه لوجه الله تعالى[1] .

ولا خلاف أن الكتـابة لا يقع بهـا التحرير عندنا ، فلا يخفى ذلك على المصنف ، بل الاولى أنيكون المنشأ من أن عبارات الاصحاب أكثرها تدل على الحصرفي التحرير، كقول الشيخ في الخلاف[2] العتق لايقع الابقوله « أنت حر » مع القصد الى ذلك والنية ، وقول التقي انه يفتقر الى لفظ مخصوص وقصد ، ثم قال : واللفظ قوله « أنت حر لوجه الله تعالى » وقول القاضي اللفظ ان يقول « أنت حر » وان لم يتلفظ به لم يقع . وهذه العبارات تعطي الحصر .

ومن أنه مرادف للتحرير ، وحكم المترادفين واحد كما تقرر في الاصول، فحصل التردد وهو تردد ضعيف ، لان مرادهم بالحصر ليس الا منع الوقوع بألفاظ الكنايات لانه لايقع بلفظ « أعتقت » لكونه مرادفاً فيكون صريحاً .

قوله: ولايصح جعله يميناً، ولابد من تجريده عن شرط متوقع اوصفة

---

١) التهذيب ٢١٦/٨، وفيه هكذا: وعنه عن ابراهيم بن ابي البلاد قال: قرأت عتق ابي عبدالله عليه السلام فاذا هو: هذا مااعتق جعفر بن محمد أعتق غلامه فلاناً لوجه الله لايريد منه جزاء ولاشكوراً على ان يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة ويحج البيت ويصوم شهر رمضان ويتولى اولياء الله ويتبرأ من اعداء الله . شهد فلان وفلان وفلان ثلاثة .

٢) الخلاف ٣٧٢/٣ .

ويجوز أن يشترط مع العتق شيء، ولرشوط اعادته فـي الرق ان خالف فقولان، المروي اللزوم .

اصطلح الفقهاء على أن المعلق عليه العتق ان قصدالزجر عنه ، نحو«انشربت الخمر فعبدي حر » سـي يميناً ، وانلم يقصد الزجرعنه فان جاز وقوعه وعدمه عادة سمي شرطاً نحـو « ان دخلت الدار فعبدي حر » وان وجب وقوعه عادة سمي صفة نحو « اذا دخل الشهرفهو حر » ، والكل عندنا لايقع العتق معه .

قوله : ويجوز ان يشترط مع العتق شيء ، ولوشرط اعادته في الرق ان خالف فقولان المروى اللزوم

العتق قابـل للشرط لاللتعليق على الشرط : أما الاول فلعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1] وأما الثاني فلاجماعنا الداخل فيه قول المعصوم عليه السلام .

اذاعرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لوشرط السيد على العتيق نوعاً من الاعمال ـ كأن يقول « أنت حر وشرطت عليك أنتخدمني سنة » مثلا أواكثرصح ، وهل يلزم الشرط ويجب على العبد القيام به ؟ قيل لا بل يستحب . والاولى اللزوم ، للحديث المتقدم .

نعم يشترط سوغان العمل المشترط، فلوشرط عليه عصر الخمربطل الشرط .

(الثانية) لوجعل العتق معلقاً علىذلك العمل ـ كأنيقول « انخدمتني سنة أوخطت لي الثوب الفلاني » بطل العتـق والشرط لمكان التعليق . ومثله لوقال «ان أعطيتني ألفاًفأنت حر» وقيل يكون كتابة لمساواتهما في المعنى، وهوباطل .

(الثالثة) لو شرط عليه ان لم يقم بالشرط اعاده في الرق ، قال الشيخ في النهاية[2] والقاضي لزم ، وكان له اعادته في الرق عملا بالشرط ، ولرواية اسحاق

---

١) التهذيب ٧/ ٢٢ ، الكافي ٦/ ١٨٧ ، الفقيه : روضة المتقين ١٨/٣ .

٢) النهاية : ٥٤٢ .

ويشترط فى المعتق جواز التصرف ، والاختيار ، والقصد ، والقربـة .

وفى عتق الصبى اذابلغ عشراً رواية بالجواز حسنة . ولايصح

ابن عمار وغيره عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه أن هوأغارها أن يرد في الرق. وقال : له شرطه[1].

وقال ابن ادريس[2]: اذا أعتقه صارحراً والحرلايعودرقاً فيكون شرطاًمخالفاً للكتاب والسنة فيكون باطلا .

وهل يبطل العتق ؟ يلوح من كلامـه العدم ، وقال العلامـة في المختلف[3] بالبطلان واختاره المصنف في الشرائع[4].

وأجيب عن الرواية بالحمل على تعليق العتق على الشرط فيبطل حينئذفيكون له شرطه ، وهو الرد في الرق .

قوله : وفى عتق الصبى اذا بلغ عشراً رواية بالجواز حسنة

هذه الرواية رواها الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر عن زرارة عن الباقر عليه السلام قال : ان أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له من ماله ما أعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جائز[5] .

وافتى بمضمونها هوواتباعه ، وخالف ابن ادريس[6] نظراً الى كونه محجوراً

---

١) الكافى ١٧٩/٦ . اغار عليها اى تزوج عليها .

٢) السرائر : ٣٤٥ .

٣) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٣ .

٤) الشرائع ٢١٩/٢ .

٥) التهذيب ٢٤٨/٨ .

٦) السرائر : ٣٤٧ .

عتق السكران ، وفي وقوعه من الكافر تردد . ويعتبر في المعتق أن

عليه ، واختاره العلامة[1] ، وهو ظاهر قول ابن الجنيد .

والمصنف استحسن العمل بالرواية ، وقدتقدم في الوصايا وجه حسن العمل بها مع أنه قال في النكت انها موقوفة على زرارة . وهو سهو القلم ، لتصريح الشيخ وغيره باسنادها الى الباقر عليه السلام .

قوله : وفي وقوعه من الكافر تردد

ينشأ من تعذر القربة في حقه التي هي شرط في الصحة، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاعتق الا ما أريد به وجه الله[2] . ومن أنه فك رقبة وازالته ، وهو غير ممنوع منه .

وبالاول أفتى ابن ادريس[3] وبالثاني أفتى الشيخ في الخلاف[4] وقال : لكن لايرث بالولاء الا بعد الاسلام .

وللعلامة[5] تفصيل حسن ، وهو : أن الكافر ان جحد الذات الالهية فعتقه باطل لتعطيله وعدم حصول القربة منه ، وان لم يكن كذلك بل كان كفره لجحد نبي أو امام أو شريعة معلومة فعتقه صحيح لحصول التقرب الى الله منه ، فيستحق اعواضاً بنسبة الثواب فيسقط عنه بها جزءاً من عقابه .

---

١) القواعد ، الركن الثاني من الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب العتق .

٢) التهذيب ٨/٢١٧ اخرج عن ابي عبدالله عليه السلام .

٣) السرائر : ٣٤٤ .

٤) الخلاف ٣/٣٦٩ . وقال فيه : اذا اعتق كافر مسلماً ثبت له عليه الولاء الا انه لا يرثه مادام كافراً .

٥) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٧ .

يكون مملوكاً حال العتق مسلماً ، ولا يصح لو كان كافراً ، ويكره

قوله : ولايصح لوكان كافراً

اختلف الاصحاب في عتق العبد الكافر ، فمنعه المرتضى وقال فيه اجماع الامامية ، خلافاً لباقي الفقهاء، وبه قال الشيخ[1] في التهذيب والاستبصار، وتابعه سلار وابن ادريس[2] واختاره العلامة في القواعد والسعيد[3] لقوله تعالى «ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »[4] والعتق انفاق .

وقال الشيخ في المبسوط[5] بالصحة مطلقاً ، لرواية الحسن بن صالح عن الصادق عليه السلام: أن علياً عليه السلام أعتق عبداً له نصرانياً فأسلم حين أعتقه[6].

قيل لادلالة فيها ، لجواز علمه باسلامه بعد العتق .

قيل فيه نظر ، اذ الشرط متقدم . وفيه نظر ، لان معلومه عليه السلام في حكم الواقع لان علمه اما عن نص أو الهام ، والاولى حملها على ظهور امارة الاسلام منه والوعد على اظهاره بالعتق فيكون لطفاً مقرباً .

وقال في النهاية بجوازه مع النذر ، جمعاً بين الرواية المذكورة ورواية سيف عن الصادق عليه السلام[7] بالمنع .

وتوقف العلامة في المختلف[8]، والاولى قول المرتضى لنقله الاجماع ، ولما في عتقه من الاعانة على الكفر .

---

١) التهذيب ٢١٧/٨ ، الاستبصار ٢/٤ .

٢) السرائر : ٣٤٤ .

٣) الايضاح ٤٦٣/٣ .

٤) سورة البقرة : ٢٦٩ .

٥) المبسوط ٧٠/٦ .

٦) التهذيب ٢١٩/٨ ، الاستبصار ٢/٤ ، الكافي ١٨٢/٦ .

٧) الفقيه ٨٥/٣ ، التهذيب ٢١٨/٨ ، الاستبصار ٢/٤ .

٨) المختلف ، الجزء الخامس ٧٠ .

لو كان مخالفاً . ولو نذر عتق أحدهما لزم . ولو شرط المولى على المعتق الخدمة زماناً معيناً صح ، ولو أبق ومات المولى فوجد بعد المدة فهل للورثة استخدامه ؟ المروي : لا .

قوله : ولونذر عتق أحدهما لزم

يريدبذلك المخالف والكافر . وفيه نظر ، لانه حكم بعدم صحة عتق الكافر فيكون حراماً و كراهة عتق المخالف ، ولايصح نذر فعل الحرام ولا المكروه .

قوله: ولوشرط المولى على المعتق الخدمة زماناً معيناً صح، ولوابق ومات المولى فوجد بعد المدة فهل للورثة استخدامه ؟ المروى لا

أما اشتراط الخدمة فلامانع منه، لما تقدم من كون العتق قابلا للشرط. وتؤيده الرواية المشار اليها، وهي مارواه يعقوب بن شعيب صحيحاً عن الصادق عليه السلام في رجل أعتق جارية وشرط عليها أن تخدم خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته ألهم أن يستخدموها ؟ قال:لا[1]. ولان السيد قبل العتق مالك للعبد ومنافعه فيكون اشتراط الخدمة استثناء منها .

وهل يشترط رضى العبد ؟ قيل نعم ، لانه كالكتابة المشروط فيها القبول ، لماقلنا من كونه استثناء مما كان ملكاًله . وقيل لايشترط في الخدمة ، أما لوشرط عليه مالا فلابد من رضاه . والفرق أن الخدمة استثناء والمال مفقود .

قال ابن الجنيد : تجب نفقته و كسوته على السيد حال الخدمة ، لانه منعه من الكسب . وهو قريب .

وأما كونه اذا أبق مدة الخدمة فهل للورثة استخدامه أم لا ؟ قال الشيخ[2] لا

---

١) التهذيب ٢٢٢/٨ ، الفقيه ٦٩/٣ ، الكافي ١٧٩/٦ .
٢) النهاية : ٥٤٢ .

وإذا طلب المملوك البيع لم تجب اجابته .

ويكره التفريق بين الولد وأمه . وقيل : يحرم . وإذا أتى على المملوك المؤمن سبع سنين يستحب عتقه ، وكذا لو ضرب مملوكه ما هو حد .

مسائل سبع :

(الاولى) : لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة تخير في أحدهم ، وقيل : يقرع بينهم ، وقال ثالث : لايلزمه عتق .

لمادلت عليه الرواية المذكورة . وبه قال ابن الجنيد ، ولم يذكرا غيرذلك .

وقال ابن ادريس[1] واختاره العلامة[2] في المختلف والقواعد ان لهم الاجرة عن تلك المدة ، فأما نفس الخدمة فليس لهم عليه ذلك : أما أولا فلاختصاص الخدمة بالميت ، وأما ثانياً فلفوات وقتها المعين ، ولذلك قيدها المصنف بقوله « زماناً معيناً » ، والرواية ليس فيها منع الاجرة ، لان نفي الاستخدام لايستلزم نفي الاجرة .

قوله : ويكره التفريق بين الولد وامه ، وقيل يحرم

تقدم في البيع تقرير ذلك ، فلا وجه لاعادته .

قوله: لونذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعة تخير في احدهم وقيل يقرع بينهم ، وقال ثالث لايلزمه عتق

الاول قول ابن الجنيد، ويظهر من المصنف اختياره. والمستند رواية الحسن

---

١) السرائر : ٣٤٥ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٧٤ ، القواعد : الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب العتق .

الصيقل عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : أول مملوك أملكه فهو حر فأصاب ستة . قال : انما كان نيته على واحد فليختر أيهم شاء فليعتقه[1].

قال ابن الجنيد : فان مات أومنع عن بيان ارادته أقرع وأعتق من تخرجه القرعة .

قال العلامة[2]: الحسن لاأعرفه مع أن في طريقها اسماعيل بن يسار الهاشمي وهو ضعيف .

والثاني قول الشيخ[3] وابن بابويه والقاضي ، والمستند رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل قال :أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال : يقرع بينهم ويعتق الذي خرج اسمه[4] وبمعناه روى عبدالله بن سليمان[5] .

والثالث قول ابن ادريس[6]، محتجاً بأن « اول » اذا أضيف الى العام أفاد العموم وان أضيف الى الخاص أفادالخصوص ، ومملوك نكرة لايعم،فكأنه قال : اذا ملكت واحداً هو « أول » فاذا ملك جماعة لم يحصل الشرط فلم يجب العتق.

وفيه نظر ،لان الشرط وان لم يحصل بالنسبة الى كل واحد من الباقين لكنه حاصل بالنسبة الى مايملكه . فكما أنه اذا ملك واحداًينعتق عليه لانه أول فكذا اذا ملك جماعة دفعة .

واختار العلامة[7] والسعيدقول الشيخ ، لان الاول يعتبرفيه قيدسلبي وقيدايجابي

---

١) الفقيه ٣/٩٢ ، التهذيب ٨/٢٢٦ ، الاستبصار ٤/٥ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس ٧٥ .

٣) النهاية ٥٤٣ قال فيه: اقرع بينهم فمن اخرج اسمه اعتقه وقد روى انه مخيرفى عتق ايهم شاء.

٤) التهذيب ٨/٢٢٥ فيه : ويعتق الذى قرع .

٥) التهذيب ٨/٢٢٦ ، الاستبصار ٤/٥ .

٦) السرائر : ٣٤٦ .

٧) الايضاح ٣/٤٨٠ .

والسلبي هو أنه لم يسبقه غيره ، والايجابي أنه يسبق غيره ، والاول يعتبر فيه الفعل والثاني يكفي فيه الامكان ان سبقه على آخر يمكن أن يملكه ، فكل واحد أول حينئذ وليس أحدهم أولى من الاخر ، فتجب القرعة .

واحتمل العلامة في القواعد[1] عتق الجميع ، لحصول صفة الاولية بالنسبة الى كل واحد ، كمالوقال « من سبق فله عشرة » قال : وفيه ضعف ، لعدم العموم في محل النزاع ، فان « مملوكاً » للخصوص بخلاف المثال فان «من» للعموم .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لو نذر عتق أول أمة يملكها فملك اماءاً دفعة فالحكم كما تقدم .

(الثانية) لو نذر لاول داخل شيئاً فدخل جماعة دفعة فالحكم كذلك .

(الثالثة) لو نذر عتق آخر [واحد ن] مملوك يملكه فالوجوه الثلاثة جارية فيه الا أن يشترط تعقب موت المالك له ، بمعنى أنه لا يتخلل بين ملكه وبين الموت ملك آخر .

(الرابعة) حكم العهد واليمين حكم النذر في ذلك كله ، وان لم يكن الثلاثة مذكورة في الرواية فالحكم فيهما من دلالة الاقتضاء .

(الخامسة) لو قصد بالمملوك أو الداخل الجنس أمكن تغير الحكم ويكون حكمه حكم أول مايملك كما يجيء .

قوله : لو نذر عتق اول ما تلده فولدت توأمين عتقا

قد عرفت من قبل أن لفظة «اول » ان أضيفت الى العام عمت وان أضيفت الى الخاص خصت وماهنا من أدوات العموم فيعم المضاف اليها ، فلذلك عتق

---

[1]) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب العتق .

التوأمان ولم تعتق المماليك جميعاً . قيل عليه : ان الحكم يلحق المضاف دون المضاف اليه ، فانك تقول « غلام زيد قائم » فالقائم هو الغلام لازيد .

واكتساء «افعل» عموم المضاف اليه ممنوع، لانك تقول «جاءني أفضل الناس» وان لم يكن الجائي الارجل واحد، وحينئذ لاوجه للفرق بين المسألتين الاماقاله ابن ادريس[1] من التأويل ، وهو أن يكون المراد بأول ماتلده أول ماتحمله حتى يصح عتق التوأمين جميعاً ، وان أراد أول ولد تلده فالوجه عتق الاول دون الثاني ، لعدم اتصافه بالاولية . لكن هذا لايعلم منه المراد اذا كان الناذر ميتاً ، لان الضمائر غير معلومة الا لله سبحانه .

اذا عرفت هذا فاعلم أن الشيخ واتباعه ذكروا هذه المسألة ، ومستندهم رواية عبدالله بن الفضل الهاشمي مرفوعاً قال : قضى علي عليه السلام في رجل نكح وليدة رجل أعتق ربها أول ولد تلده فولدت توأماً. فقال : اعتق كلاهما[2].

وفيه نظر ، لان الرواية غير مطابقة للفرض ، لانه فرق بين أول ماتلده وبين أول ولد، لعموم اول على زعمهم دون الثاني، فلفظها مناف للحكم المستند اليها.

نعم قال في المبسوط[3] اذا قال أول من يدخل من عبيدي حر فدخل اثنان لم يعتق أحدهما ، لانه لاأول بينهما. قال: وقد روي في أحاديثنا أن الاثنين يعتقان، لانهم يروون انه اذا قال « أول ما تلده الجارية فهو حر » فولدت توأمين أنهما يعتقان، فان كان ذلك اشارة الى الرواية فقد عرفت ما فيها ، وان كان الى غيرها فيمكن أن يكون مما فيه دلالة على ذلك الحكم .

---

١) السرائر : ٣٤٦ .

٢) التهذيب ٨/٢٣١ ، الكافي ٦/١٩٥ .

٣) المبسوط ٦/٢٤٨ .

(الثالثة): لو اعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال : نعم ، لم ينعتق الا من سبق عتقه .

(الرابعة): لو نذر أمته ان وطأها صح فان أخرجها عن ملكه انحلت اليمين وان عادت بملك مستأنف .

قوله : لو اعتق بعض مماليكه فقيل هل اعتقت مماليكك فقال نعم لم ينعتق الا من سبق عتقه

هنا مقدمات :

(الاولى) العتق لايحصل الا مع قصد انشاء العتق بصيغة وضعها الشارع لانشائه .

(الثانية) نعم وضعت للاخبار والا لم تقع جواباً للاستخبار ، لكنها تقع جواباً له فيكون للاخبار ، وهو المطلوب .

(الثالثة) انه لاشيء من الاخبار بانشاء لان الاخبار يستدعي سبقية نسبة والانشاء لايستدعي ذلك بل هو محدث للنسبة بنفسه، فلايكون أحدهما قائماً مقام الاخر .

اذا عرفت هذا ظهر لك بأدنى فكر أن قوله «نعم» عقيب الاستخبار لايقتضي عتقاً بل ان حصل شيء فذاك سهو الواقع والا فلا عتق في نفس الامر لكن في الظاهر يقضى عليه بعتق من يتناوله لفظ السؤال ، فان كان مفرداً حكم عليه بعتق واحد وان كان جمعاً فهل يحكم عليه بعتق ما يصدق عليه أقل الجمع وهو ثلاثة أو يكفي الواحد ؟ وجهان مبنيان على أنه هل يشترط في تخصيص العام بقاء كثرة أم لا . وتحقيقه في الاصول .

قوله: لو نذر عتق امتا ان وطئها[1] فخرجت عن ملكه انحلت اليمين وان عادت بملك مستأنف

---

[1]) في المختصر المطبوع بالقاهرة : ان وطئها صح فان اخرجها عن ملكه .

(الخامسة) : لونذر عتق كل عبد قديم فى ملكه أعتق من كان له فى ملكه ستة اشهر فصاعداً .

هذه رواية صحيحاً عن أحدهما عليهما السلام[1] ، وليس فيها ذكر النذر بل مجرد التعليق، وحملها الاصحاب عليه لاجماعهم على منع العتق المعلق على شرط . نعم هنا حكمان :

الاول : الاكثر على الحل بخروجها عن ملكه وان عادت لقرينة الحال في تخصيصه بملكه وقدزال ، والتنبيه عليه في الرواية فانها خرجت عن ملكه . وتوقف هنا ابن ادريس والعلامة ، اذ لامانع من النفوذ في ملك الغير ، أما لو عمم فلا كلام في عدم الحل بالخروج ، كقوله « متى وطئت » وشبهه .

الثاني : استدل الشهيد بها على انحلال اليمين لوخالف المكلف مقتضاه سهواً أوجهلا أواكراهاً ، وانه لوخالف مقتضاه بعد ذلك لم يحنث وان تعمد .

وفيه نظر: أمااولا فلمنع دلالة الرواية على ذكره بوجه منوجوه الدلالات وأما ثانياً فلوجوب العمل بمقتضى اليمين، خرج مادل عليه الحديث وهو رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، فيبقى الباقي على عمومه . وأما الايلاء فخرج للاجماع عليه .

قوله : لونذر عتق كل عبد قديم فى ملكه اعتق من كان له فى ملكه ستة اشهرفصاعداً

مستند هذا الحكم رواية داود الرقي عن بعض أصحابنا عن الرضا عليه

---

١) الفقيه ٦٨/٣ ، التهذيب ٢٢٦/٨ ، والرواية هذه : محمد عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الامة فيقول « متى آتيها فهى حرة » ثم بيعها من رجل آخرثم يشتريها بعد ذلك. قال : لابأس بأن يأتيها قد خرجت من ملكه .

السلام[1]، وهي وان كانت ضعيفة لكنها مؤيدة بالشهرة وبالكتاب في قوله تعالى « حتى عاد كالعرجون القديم »[2].

وهنا فائدتان :

(الأولى) هل يتعدى الحكم الى غيرذلك من الصدقة بمال قديم أو الوصية بمال قديم أو الاقرار بمال قديم ؟ استشكله العلامة[3] من احتمال كونه حقيقة فيتناوله لذلك عنداطلاقه، ولهذا حمله الأصحاب عليه، وذلك من خواص الحقيقة واذا كان حقيقة تعدى الى الكل. ومن احتمال المجاز ، لانه لغة حقيقة فيما قدم زمانه وعرفاً فيما الأول لوجوده . وهما غير مرادين هنا اجماعاً فيكون فيها ذكر مجازاً، لاصالة عدم النقل، ولاشيء من المجاز بمطرد بنفسه الابنقل صريح وليس.

(الثانية) لو قصرت مدة كل واحد من عبيده عن الستة الأشهر احتمل بطلان العتق لعدم شرطه وأصالة بقاء الملك، واحتمل عتق من ملكه أولا لتعذر الحمل على الشرعي فيحمل على العرفي جرياً على القاعدة الأصولية . وهو مقرب العلامة في القواعد .

هذا مع ترتبهم وقصر الزمان عن الستة ، أما لوملكهم دفعة وقصرت المدة احتمل عتقهم كلهم لوجود المعنى، وهو عدم سبق غيرهم عليهم وسبقهم على من سيتجدد اذ لامكان كاف في الكل .

واحتمل عدم عتق أحد لعدم القديم بالمعنى الشرعي ، والمعنى عدم في الترتيب . واختار السعيد[4] البطلان ، لاصالة بقاء الملك .

---

١) التهذيب ٨/ ٢٣١ ، الكافي ١٩٥/٦ ، الفقيه ٩٣/٣ . عن داود النهدى .

٢) سورة يس : ٣٩ .

٣) القواعد ، الفصل الثاني من المقصد الاول من كتاب العتق .

٤) الايضاح ٤٨٢/٣ ، ٤٨٣ .

(السادسة) : مال المعتق لمولاه وان لم يشترط. وقيل : ان لم يعلم به فهوله ، وان علم ولم يستثنه ، فهوللعبد.

(السابعة) : اذا عتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة.

قوله : مال المعتق لمولاه وان لم يشترطه. وقيل ان لم يعلم به فهوله وان علم ولم يستثنه فهوللعبد

الاول قول ابن ادريس[1]، واختاره المصنف والعلامة[2] بناء على عدم ملكه وقد تقدم .

والثاني قول الشيخ في النهاية[3] وابن الجنيد وابن بابويه والتقي، ومستندهم رواية ابي جرير صحيحاً عن الكاظم عليه السلام[4]، وهو بناء على أنه يملك . نعم التفصيل الى كونه معلوماً للسيد ولم يستثنه فيكون للعبد ، والى كونه غير معلوم للسيد فيكون له ، فمستندهم فيه رواية زرارة صحيحاً عن الباقر عليه السلام[5] ، ورواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله[5] .

والفتوى على الاول ، لان العبد اما أن لايملك في نفس الامر فالذي معه لسيده ،واما ان يملك فالمال له . ولا أثر للعلم في الصورتين ، لان العلم لايصير من ليس بمالك مالكاً ،وعدم الاستثناء ليس دليلا على التمليك ، غايته أنه يدل على الاباحة ولانزاع فيها ، فان العبد أهل للاباحة قبل عتقه . وبعد عتقه

قوله : اذا اعتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعة

---

١) السرائر : ٣٤٦ .
٢) القواعد ، الفصل الثانى من المقصد الاول من كتاب العتق .
٣) النهاية : ٥٤٣ .
٤) الفقيه ٣ /٩٣ ، التهذيب ٨/ ٢٢٤ ، الاستبصار ٤/ ١١ .
٥) الفقيه ٣ /٧٠ ، التهذيب ٨/ ٢٢٣ .

اذا أعتق ثلث عبيده ولم يعين أوأعتقهم كلهم في مرض الموت ولامال سواهم ولم يجز الورثة عتق الثلث منهم في الصورتين : أما الاولى فاجماع ، وأما الثانية فعلى الاصح ، لماتقدم في الوصايا . وكذا لوأوصى بعتقهم ولامال سواهم ، ولا اجازة ينعتق[1] الثلث بالقرعة ، فهنا فوائد :

(الاولى) ثبتت القرعة هنا بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم، لماورد في الخبر المشهور عن عمران بن الحصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة مماليك في مرضه ولامال له غيرهم ،فجزأهم رسول الله« ص »ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعاً[2]. وهونص في أمرين :احدهما استعمال القرعة ، وثانيهما جمع الجزئية لا انه مجزء في الكل . وأيضاً ثبت عنهم عليهم السلام : كل مجهول فيه القرعه[3] . واذا حكم بالعتق وعدم التعيين جاءت الجهالة .

(الثانية) محل القرعة اما للتعيين ، كما اذا قال « أحد عبيدي حر » أو للتنفيذ كما في المريض والوصية كما تقدم ، أو لرفع اشتباه المعين في نفس الامر ، كما لو أعتق معيناً ثم نسيه وأيس من التذكر ، أو أعتق المريض مرتباً واشتبه . والقرعة في هذين كاشفة لما هو معين في الواقع .

(الثالثة) اذا أمكن التعديل عدداً وقيمة معاً فلا اشكال فيه ، كمالو كانوا ثلاثة قيمة كل واحد مائة، وأما اذا لم يتفق ذلك بل اذا عدلوا قيمة اختلف العدد وان عدلوا عدداً اختلف القيمة فأيهما المعتبر ؟

قال قوم : يعتبر الاول وهو القيمة ، واختاره الشيخ . وهو الاقوى ، لان العبيد مال من الاموال ، وكما أنه اذا أوصى بثلث ماله يستخرج الثلث بتقويم

١) في بعض النسخ : ويعتبر .

٢) سنن البيهقي ١٠/٢٨٥ ، المستدرك الباب ١٦ الجزء ٢ من كتاب الوصية .

٣) التهذيب ٦/٢٤٠ ، الفقيه ٣/٥٢ .

أ جناسه المختلفة لا بالعدد، فكذا هنا. وأيضاً الدار اذا لم يمكن قسمتها بالمساحة يعدل بالقيمة فكذا هنا .

وقال قوم بالثاني ، استناداً الى فعل النبـي صلى الله عليه وآله وسلم كما تقدم ، ولان الثلث مضاف الى العبيد لا الى قيمتهم ، فتقدير القيمة على خلاف الظاهر .

وأجيب عن الاول : بأنه اتفق فيها القيمة والعدد فلا دلالة على أحدهما .

وعن الثاني: انا لانقول ان القيمة مضاف يقدر حتى يكون على خلاف الاصل، وكيف يكون كذلك والعتق انما تعلق بالعبيد لا بقيمتهم ، بل نقول : ان الثلث مضاف الى العبيد باعتبار ماليتهم لا باعتبار عددهم واشخاصهم ، وثلث المالية لا يتحقق الا باعتبار القيمة .

(الرابعة) اذا لم يمكن التعديل عدداً وقيمة معاً اعتبرنا القيمة كما تقدم ، فهنا وجوه :

الاول : ان يختلفوا قيمة يمكن التعديل بها من غير احتياج الى جـزء ، كما اذا كانوا أربعة قيمة اثنين مائة وقيمة كل واحد من الباقين مائة أو ستة قيمة واحد مائة واثنين مائة وثلاثة مائة .

الثاني : ان يتفقوا قيمة ويحتاج الى الجزء كخمسة قيمة كل واحد مائة .

الثالث: ان يختلفوا قيمة ويحتاج الى الجزء، كثلاثة قيمة واحد مائة وواحد مائة وخمسون والثالث مائتان وخمسون .

(الخامسة) في كيفية القرعة . قال الشيخ[1] انه مخير بين اخراج الأسماء على الرقية والحرية وبين اخراج الرقية والحرية على الاسماء ، أما الاول بأن يكتب ثلاث رقاع في كل رقعة اسم كل ثلث أما واحد أو اثنان أو غير ذلك ،

---

١) المبسوط ٥٨/٦ .

وأما السراية: فمن أعتق شقصاً من عبده أعتق كله، ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه ان كان موسراً، وسعى العبد فى فك باقيه ان كان المعتق معسراً. وقيل: ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل العتق ان كان معسراً، وان قصد القربة لم يلزمه فكه، وسعى العبد فى حصة الشريك، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على

فان شئت أخرجت رقعة على الحرية فمن خرج فهو حر، وان شئت أخرجت على الرقية، فلابد من رقعتين فمن بقي فهو حر. وأما الثاني بأن يكتب أيضاً ثلاث رقاع في رقعة منها حرية وفي كل من الباقيتين رقية ثم يخرج باسم ثلث، فان خرجت الحرية كفت بذلك والا احتجت الى رقعة أخرى لثلث آخر، فمن بقي فهو حر.

قيل عليه: ان جواز كتبه اثنين في رقعة اذا كانا هما الثلث مثلا مبني على أن حكم الله سبحانه بالحرية تابع للقرعة، أما اذا قلنا ان القرعة كاشفة عن الحكم ينبغي أن يكتب لكل عبد رقعة، لانه لو جمع بين عبدين في رقعة جاز أن يكون أحدهما حراً في حكم الله سبحانه والاخر عبداً، فلا تكون القرعة كاشفة عن الحكم.

قوله: واما السراية فمن اعتق شقصاً (1) من عبده عتق كله، ولو كان له شريك قوم عليه نصيبه ان كان موسراً وسعى العبد فى فك باقيه ان كان المعتق معسراً، وقيل ان قصد الاضرار فكه ان كان موسراً وبطل العتق ان كان معسراً، وان قصد القربة لم يلزمه فكه وسعى العبد فى حصة الشريك، فان امتنع العبد استقر ملك الشريك على حصته

---

(1) الشقص كحمل: النصيب فى العين المشتركة من كل شيء والجمع اشقاص كأحمال.

الاول ـ وهو اختيار المصنف ـ قول المفيد وابن بابويه[1] والمرتضى وسلار ، والمستند رواية الحلبي صحيحاً عن الصادق عليه السلام[2] ، ورواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام[3] .

والثاني قول الشيخ في النهاية[4] والقاضي. وألزمهما ابن ادريس[5] التناقض، لانه لاعتق الا ما أريد به وجه الله فكيف يقع لقصد المضارة .

وأجاب بعض الفضلاء بأن الشيخ لم يرد ان العتق يقع لقصد المضارة فقط فانه لايشك فيه أحد أنه لايقع ، بل أراد أنه اذا قصد وجه الله تعالى بالذات والمضارة بالعرض يكون واقعاً، لان المضارة لازمة للعتق حينئذ وان لم يقصد، كالتبرد في الطهارة مع القربة .

وفيه نظر ، لانا نمنع الصحة في الصورتين ، لمنافاته الاخلاص المأمور به ، وللحصر في قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاعتق الا ما أريد به وجه الله تعالى[6] .

احتج الشيخ على لزوم الفك مع الاضرار واليسار برواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: اذا أعتق مضارة وهو موسر ضمن بفورية، واذا أعتق لوجه الله تعالى كان الغلام قد أعتق من حصة من أعتق، فيستعملونه على قدر ما أعتق منه له ولهم، فان كان نصف عمل لهم يوماً وله يوماً، وان أعتق الشريك مضاراً وهو

---

١) المقنعة : ٨٦ ، المقنع : ١٥٦ .

٢) الكافي ١٨٢/٦ .

٣) التهذيب ٢٢٠/٨ ، الفقيه ٦٧/٣ ، الكافي ١٨٢/٦ ، الاستبصار ٤/٤ .

٤) النهاية : ٥٤٢ .

٥) السرائر : ٣٤٥ .

٦) التهذيب ٢١٧/٨ ، اخرجه عن الصادق عليه السلام .

معسر فلا عتق له ، لانه أراد أن يعسر على القوم فيرجع القوم على حصصهم[١].

وعلى عدم اللزوم اذا قصد القربة برواية الحسن بن زياد قال: قلت للصادق عليه السلام: رجل أعتق شركاً له في غلام مملوك أعليه شيء ؟ قال : لا[٢]. ومثله رواية يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام[٢].

وأجاب عن حجة الاولين بحمل الروايات على الاستحباب. والفتوى على الاول ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كله[٣] . واطلاق قول علي عليه السلام وقد سئل عن ذلك فقال : ليس لله شريك[٤]. وروايات الشيخ ليست صريحة في مراده .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) يشترط في العتق المذكور صدوره باختياره، اما مباشرة أوتسبيباً، والمباشرة ظاهرة وأما التسبيب كما لو اشترى بعض قريبه فعتق عليه فانه يسري عليه عتق الباقي ، لان فاعل السبب فاعل المسبب .

أما لو ملكه بالارث وشبهه فعتق مالكه فهل يسري الى باقيه؟ قال الشيخ في الخلاف[٥] نعم مستدلا بالاجماع والاخبار ، وهو اختيار ابن الجنيد ، ومنع في المبسوط والنهاية ، واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة . ومنشأ الخلاف أن السبب الموجب هل يقال له فاعل ولاثره مفعول أم لا ؟ اختلف المتكلمون في ذلك : فقال بعضهم لايسمى بذلك فلا يدخل تحت قوله صلى الله عليه وآله

---

١) التهذيب ٢٢١/٨، الفقيه ٦٨/٣ باختلاف يسير بينهما .

٢) التهذيب ٢١٩/٨ ، الاستبصار ٢/٤ . شركاً : اى حصة ونصيباً .

٣) سنن ابى داود ٢٣/٤ ، سنن ابن ماجة ٨٤٤/٢ .

٤) سنن ابى داود ٢٣/٤ ، نسبه الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

٥) الخلاف ٢٦٨/٣ .

وسلم: من أعتق شقصاً من عبد عتق عليه كله، وقال بعضهم نعم يسمى فيدخل . والحق الاول ، لمنع التسمية والصدق ، وان سلم فمجاز، والنص محمول على الحقيقة .

(الثانية) اليسار المعتبر في السراية هو أن يملك حال العتق زيادة عن دار سكناه وخادمه ودابته وثيابه المعتادة وقوت يوم له ولعياله الواجبي النفقة مايسع قيمة نصيب الشريك . وهنا فروع :

الاول : لوقدر على قيمة بعض النصيب وجب فكه ، لان حكم الكل جار في الجزء. وهو فتوى العلامة في القواعد[1] ومقوى الشهيد[2]. ويحتمل العدم، لبقاء الاضرار برق البعض وورد لحصول السعاية من العبد في باقيه .

الثاني: لوكان عليه دين مستغرق لما في يده فهومعسرلانه في حكم المنتزع. وهو فتوى القواعد ومختار السعيد[3].

وقال الشهيد انه موسر ، لان له مالا ، فان الدين لم يسلبه أهلية الملك ، فيشمله قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من أعتق شركاً من عبد وله مال قوم عليه الباقي[4]. ولانه لوزاد دينه على ماله ولا حجر وطالبه واحد من الديان وجب اعطاؤه وان كان للباقين ما يستغرق ماله ، فلو كان وجود الدين المستغرق يجعله معسراً لحرمت مطالبته على كل واحد منهم . والعتق هنا أولى ، لانه مبني على التغليب وفيه ملك قهري بعوض .

وفيه نظر، لانا نمنع شمول الحديث له والا لشمل صاحب دار السكنى وليس

---

١) القواعد ، الفصل الثالث من المقصد الاول من كتاب العتق .

٢) راجع شرح اللمعة ٢/١٥٩ .

٣) الايضاح ٣/٤٩٣ .

٤) سنن ابن ماجة ٢/٨٤٤، سنن ابى داود ٤/٢٣، اخرجا روايات فى هذا الشأن .

كذلك اجماعاً . ونمنع أيضاً لزوم حرمة مطالبته لو كان معسراً باستغراق الدين بماله ، لانا انما حكمنا باعساره بالنسبة الى ما يطرأ عليه من الحقوق المشروطة باليسر لامطلقا حتى بالنسبة الى أصحاب الديون والالزم عدم وجوب أداء الدين المستغرق . وهو باطل .

على أنه يلزم القائل بيساره وجوب الحج عليه مع استغراق الدين لماله، وهو باطل اجماعاً . وأيضاً يلزمه وجوب تقديم الشريك على الديان لو فلس المعتق ، وليس كذلك .

الثالث: لوطرأ عليه اليساربعد العتق فلا تقويم لعدم حصول الشرط حالته . نعم لو طرأ عليه الدين المستغرق وتلفت الاعواض أو كان الدين لاعن عوض كالمهر أمكن القول بتقديم الشريك لسبقه وأمكن التقسيط للتساوي في الاستحقاق .

(الثالثة) : لو تعلق بالشقص حق لازم فان منع من نقل الملك كالوقف فلا سراية على الاقوى ، وقيل بها للعموم، وهو ضعيف .

وأما الكتابة والاستيلاد فيحتمل المنع من السراية، لما قلنا من امتناع النقل. واختاره الشهيد واستقرب العلامة في القواعد[1] السراية لانهما يؤلان الى العتق فلا يمنعانه، ولعموم قوله « ص » : ليس لله شريك . وان لم يمنع النقل كالرهن والاجارة حصلت السراية لحصول شرطها وعدم المانع، أما غيراللازم فكالتدبير والوصية فالسراية متحتمة جزماً .

(الرابعة) مع حصول الشرائط هل ينعتق باللفظ الصادر من المعتق أو به مع أداء القيمة أو يكون مراعى ؟ قال ابن ادريس بالاول ، للحديث المتقدم في قوله صلى الله عليه وآله « فقد عتق كله » عقب عتق النصيب بعتق ملكه بلا

---

١) راجع الايضاح ٣/٤٩٧ .

حصته ، واذا أعتق الحامل تحرر الحمل ولو استثنى رقه لرواية السكونى ،وفيه مع ضعف السند اشكال منشأه عدم القصد الى عتقه.

فصل ، و« قد » للتحقيق فلا يتوقف على غيره .

وقال المفيد بالثاني ، واختاره الشيخ في الخلاف والمصنف والعلامة في المختلف ، لان للاداء مدخلا في العلية ولهذا لاينعتق بالاعسار ، ولانه لولاه لزم اضرار الشريك لوهرب المعتق أو ماطل أو تلفت أمواله، ولصحيحة محمد ابن قيس عن الباقر عليه السلام[1] .

وقال الشيخ في المبسوط بالثالث، لانه جمع بين القولين. ومعنى المراعاة أنه مع الاداء يظهر انعتاقه بالاعتاق ومع عدم الاداء يظهر استقرارملك الشريك ويترتب النماء . وتوقف العلامة في القواعد والسعيد والشهيد، وللخلاف في ذلك فوائد يطول الكتاب بذكرها .

قوله : واذا أعتق الحامل تحرر الحمل ، ولو استثنى رقه لرواية السكوني ، وفيه مع ضعف السند اشكال منشأه عدم القصد الى عتقه

أفتى الشيخ في النهاية[2] والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد بمضمون الرواية المذكورة ، وهي عن الباقر وعن الصادق عليهما السلام[3] .

وقال ابن ادريس[4]: الاصل حرية ما في بطنها، ولا دليل يعارضه من كتاب ولا سنة . نعم هو مذهب الشافعي بناء على أن الحمل كبعض أعضائها فينعتق بالسراية .

---

١) راجع ص : ٤١٩ .

٢) النهاية : ٥٤٥ .

٣) الفقيه ٣/ ٨١ ، التهذيب ٨/ ٢٣٦ . وفيهما : عن جعفر عن ابيه عليهما السلام .

٤) السرائر : ٣٤٧ .

وأما العوارض : فالعمى ، والجذام ، وتنكيل المولى بعبده . وألحق الاصحاب الاقعاد ، فمتى حصل أحد هذه الاسباب فيه انعتق وكذا اذا أسلم العبد فى دارالحرب سابقاً على مولاه ، وكذا لوكان العبد وارثاً ولا وارث غيره دفعت قيمته على مولاه .

والمصنف استشكل من حيث قول الشيخ والرواية ، ومن قوة حجة ابن ادريس . والاقوى عدم انعتاقه لعدم القصد اليه . نعم لو قصد عتقه انعتق .

قوله : والتنكيل ١)

تردد فيه المصنف في الشرائع[٢] من أصالة بقاء الملك فلا يزول الا بدليل، ومن رواية هشام بن سالم عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام[٣] . وأفتى بها الشيخ[٤] .

قوله : والحق الاصحاب الاقعاد

ظاهره أنه اجماع منهم ، مع أنه لم يوجد في كلام كلهم ، فلو قال بعض الاصحاب لكان أولى، وانما اسنده الى القائل به لعدم ظفره بمستنده. وزاد ابن حمزة البرص ، ولا أعرف له مستنداً .

قوله : وكذا اذا اسلم العبد فى دار الحرب سابقاً على مولاه

هل يشترط مع ذلك خروجه الينا قبل سيده أم لا؟ قال الشيخ[٥] نعم يشترط لاصالة بقاء الرق، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : أيما عبد خرج قبل مولاه

---

١) فى المختصر النافع : وتنكيل المولى بعبده .

٢) الشرائع ٢٢١/٢ .

٣) الكافى ١٧٢/٧ ، الفقيه ٨٥/٣ ، التهذيب ٢٢٣/٨ .

٤) النهاية : ٥٤٠ ، الخلاف ٣٦٨/٣ .

٥) النهاية : ٢٩٥ .

فهو حر وبعده فهو عبد[١] . والفرق قهر العبد [سيده على نفسه في الاول وعدمه في الثاني فيبقى][٢] على اصل الرقية .

وقال ابن ادريس : لايشترط لحصول الاسلام المانع من الملك في حالتي الخروج وعدمه . وفيه نظر ، لان الاسلام مانع من دوام السبيل لا مطلقاً .

---

١) التهذيب ١٥٢/٦ .

٢) ليس ما بين القوسين فى النسخة الاولى .

كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد

قوله : كتاب التدبير

هو تفعيل من قولك دبرت الشيء أدبره اذا أخرته ، فان دبر الشيء ودبره آخره . وسمي هذا العتق شرعاً تدبيراً لانه جعل أخيراً بعد الوفاة ، فكأنه أخر تصرفاته . وهو في الحقيقة عتق معلق على الوفاة .

وهنا فوائد :

(الاولى) أنه في الاصل مندوب لانه عتق، فيدخل تحت عموم الامربالعتق. وقد يكره تدبير المخالف أو الكافر على قول . وقد يخرج الى حيز الوجوب بنذر أوعهد أويمين، وحينئذ هل يبرأ بمجرد الصيغة وله الرجوع ؟ قال بعضهم نعم . وليس بشيء بل يلزم استمراره . ولا يصح الرجوع فيه لعدم الغرض المقصود ، وهو فك الرق بعد الوفاة .

(الثانية) أنه لايكفي فيه قول السيد « أنت مدبر أودبرتك » ، لان ذلك كناية عنه لاصريح فيه بل يقول أنت حر أوعتيق أومعتق بعد وفاتي اما مطلقاً أو مقيداً.

(الثالثة) قال الشيخان[1] يشترط أن يقول « أنت رق في حياتي حر بعد

---

١) المقنعة : ٨٦ ، النهاية : ٥٥٢ .

أما التدبير فلفظه الصريح : أنت حر بعد وفاتي ، ولابد فيه من النية. ولا حكم لعبارة الصبي ، ولا المجنون ، ولا السكران ، ولا المحرج الذي لا قصد له ، وفى اشتراط القربة تردد .

ولوحملت المدبرة من مولاها لم يبطل تدبيرها وتنعتق بوفاته من الثلث ، ولو حملت من غيره بعد التدبير فالولد مدبر كهيئتها.

ولو رجع فى تدبيرها لم يصح رجوعه فى تدبير الاولاد ، وفيه

وفاتي » ، وقال ابن ابى عقيل يقول « أنت مدبر في حياتي حر بعد وفاتي » ، وكلاهما غيرمشترط لحصول المعنى بدون ذكر ماقالوه. نعم ذلك يفيد تأكيداً، وفي الحقيقة ليست المسألة خلافية كما توهم ابن ادريس[١].

قوله : وفى اشتراط القربة تردد

ينشأ من كونه عتقاً فيشترط القربة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لاعتق الا ما اريد به وجه الله وللاجماع ومن كونه وصية مخصوصة والوصية ليس من شرطها القربة. والاولى الاول، ويتفرع على القولين وقوعه من الكافر فعلى اشتراط القربة لايقع الا على ما تقدم من التفصيل وعلى عدم اشتراطها يقع .

قوله : ولو رجع المولى فى تدبيرها لم يصح رجوعه فى تدبير الاولاد . وفيه قول آخر ضعيف

اللام في الاولاد للعهد ، أي الاولاد الذين تجددوا بعد التدبير على وجه يملكهم السيد فانهم يكونون حينئذ مدبرين بحكم الشرع لا بمباشرة السيد ، وعليه دلت رواية أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام[٢] . ولان النماء تابع

---

١) السرائر : ٣٥٠ .

٢) التهذيب ٢٥٩/٨ ، الكافى ١٨٤/٦ ، الاستبصار ٢٩/٤ .

قول آخر ضعيف. ولو أولد المدبر من مملوكة كان ولده مدبراً .

ولو مات الاب قبل المولى لم يبطل تدبير الاولاد وعتقوا بعد موت المولى من ثلثه ، ولو قصر سعوا فيما بقي منهم ، ولو دبر الحبلى لم يسر الى ولدها، وفى رواية ان علم بحبلها فما فى بطنها بمنزلتها .

لاصله غالباً في الاحكام .

وهل لورجع في تدبير الام كان له ذلك في الولد ؟ قال الشيخ وأتباعه لا، لدلالة رواية ابان المذكور عن الصادق عليه السلام على ذلك ، ولانه لم يباشر تدبيره فلا يباشر رده الى الرق .

وقال ابن ادريس له ذلك ، لاصالة جواز الرجوع في الوصية ، والتدبير وصية. وضعفه المصنف بأن تدبيره ليس بمباشرته بل بحكم الشرع وعلى وجه التوليد .

وفيه نظر ، فان حسن المدح والذم على المستولد يقتضي اضافته الى المباشرة .

ويمكن أن يجاب : بأن ذلك الحسن متصور مع القصد الى التوليد أو الى ايجاد السبب الموجب ، وهما منفيان هنا .

قوله : وفى رواية ان علم بحبلها فما فى بطنها بمنزلتها

هذه رواها الشيخ في التهذيب والصدوق في الفقيه عن الوشا عن الرضا عليه السلام[1] ، وأفتيا بمضمونها ، ولان علمه بما في بطنها وعدم استثنائه دليل على قصد تدبيره .

وفيه نظر ، فانه لالزوم بين علمه وعدم استثنائه وبين القصد الى تدبيره .

---

١) الكافى ١٨٣/٦ ، التهذيب ٢٦٠/٨ ، الفقيه ٧١/٣ ، الاستبصار ٣١/٤ .

ويعتبر فى المدبر جواز التصرف والاختيار والقصد .

وفى صحته من الكافر تردد ، أشبهه الجواز .

والتدبيروصية يرجع المولى فيه متى شاء ، فلورجع قولا صح قطعاً ، أما لو باعه أو وهبه فقولان ، أحدهما : يبطل به التدبير ، وهوالاشبه . والاخر: لا يبطل ويمضي البيع فى خدمته و كذا الهبة ،

وهو ظاهر لامكان عدم القصد الى التدبير وعدمه فالحق اذن ماقاله المصنف، وهو اختيار ابن ادريس .

قوله: وفى صحته من الكافر تردد اشبهه الجواز

تقدم منشأ تردده ، والمختار جـوازه من الكافر غير المعطل لامكان تقربه . نعم لايستحق ثواباً بل عوضـاً غير دائم أو اسقاطاً لجـزء من عقابه على وجه لا يظهر له التخفيف .

قوله : اما لو باعه او وهبه فقـولان احدهما يبطل به التـدبير وهو الاشبه ، والاخر لايبطل ويمضى البيع فى خدمته وكذا الهبة

لاخلاف أنه مع تقدم الرجوع القولي أوالتصريح بقصد الرجوع ببيعه أنه يبطل تدبيره ، ومع عدم الامرين ان صرح ببيع رقبته أو هبتها فكذلك ، وان صرح ببيع منافعه أوهبتها لم‌يكن رجوعاً ويتحرربموت سيده. أما مع الاطلاق فأكثر الاصحاب قالوا بانصراف البيـع والهبة الى منافعه وانه لايبطل بذلك ، وقال الحلبيون ببطلان التدبير وصحة البيع والهبة فى رقبته بناء على كونه وصية والوصية يبطل بذلك .

قال ابن ادريس[1] : والبطلان بذلك قول المرتضى في الناصريات .

---

١) السرائر : ٣٥١ .

أما الروايات في هذا الباب فبعضها دال على جواز بيعه المستلزم لبطلان تدبيره كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام صحيحاً وقد سئل عن ذلك فقال : هـو مملوكه ان شاء باعه وان شاء أعتقه وان شاء أمسكه حتـى يموت ، فاذا مات السيد فهو حر من ثلثه[1] وغير ذلك من الروايات . وبعضها دال على المنع من بيعه وعلى أنه يعتق عند موت سيده ، وفي ذلك دلالة على بقاء حكم التدبير . نعم في بعضها أنه مع ارادة البيع يبيع الخدمة فـي مدة حياته ، وفي بعضها اباحة البيع مع اشتراط التحرير عند موت السيد، فحمل الشيخ[2] روايات الجواز على تقدير نقض التدبير أو على صرف البيع الى خدمته لا رقبته وروايات المنع على منع بيعه قبل نقض تدبيره .

قال ابن ادريس : البيع حقيقة في نقل العين ، فلا يجوز حمله على نقل المنفعة . وحكم ببطلان روايات المنع من البيع لمنافاتها الأصل والدليل ، أو يحمل على الصلح على الخدمة مدة حياته .

وأما العلامة فحمل روايات المنع على التدبير الواجب وروايات الجواز على التدبير المندوب ، وحمل رواية بيع الخدمة على الاجارة مدة معينة ، فاذا انقضت واجره مدة أخرى .

وأما المصنف فحكم هنا ببطلان التدبير ، وفي الشرائع[3] قال : ان قصد بالبيع بطلان التدبير به صح البيـع وبطل التدبير ، وان لم يقصـد صرف الى الخدمة . وكأنه حمل آخر للروايات مع أنه حكم في موضع آخر ببطلان بيع الخدمة لانها منفعة مجهولة .

---

١) الكافي ١٨٥/٦ ، التهذيب ٢٥٩/٨ ، الاستبصار ٢٧/٤ .

٢) الاستبصار ٢٩/٤ .

٣) الشرائع ٢٢٢/٢ .

والمدبر رق ، ويتحرر بموت المولى من ثلثه . والدين مقدم على التدبير ، سواء كان سابقاً على التدبير أو متأخراً . وفيه رواية بالتفصيل متروكــة .

والشهيد[1] تابع المشهور في بقاء حكم التدبير وجواز بيع الخدمة ، لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته[2]. والجهالة غير قادحه ، لجواز استثناء ذلك من الحكم العام .

والاولى عندي أنه يؤمر من يريد بيع مدبره بتقديم الرجوع بالقول ليخرج ذلك عن الحكم المشكوك فيه ، لان التدبير وان كان وصية لكن جاز أن يكون له خصوصية تمنع من الرجوع فيه الا بالصريح . ورواية ابن مسلم جاز عود الغاية والشرط فيها الى الجمل المتقدمة كلها كما هو رأي بعض الاصوليين، ويحمل جواز البيع على اشتراط العتق كما هو مصرح به في رواية ابن مسلم الاخرى عن أحدهما عليهما السلام[2] ورواية الحلبى عن الصادق عليه السلام[3] ، وحينئذ لاتكون صريحة في جواز البيع مطلقاً .

وقول بعض الفضلاء : ان اختصاص البيع بالاعيان اصطلاح الفقهاء فجاز استعماله في المنافع لغة ، وهو المراد ، ولانسلم أن اطلاق البيع حينئذ يبطل التدبير ، لجواز ارادة الخدمة به. فيه نظر : أما أولا فلان الحقيقة الشرعية مقدمة على اللغوية، واما ثانياً فلان جواز ارادة ذلك لغة لا يستلزم صحته شرعاً وترتب الاحكام عليه والالزم الاشتمار في ألفاظ العقود اللازمة وهو باطل .

قوله : وفيه رواية بالتفصيل متروكة

---

١) قاله في الدروس .

٢) التهذيب ٨/٢٦٠ ، الاستبصار ٢٩/٤ .

٣) التهذيب ٢٦٣/٨ ، الفقيه ٧١/٣ ، الاستبصار ٢٨/٤ .

ويبطل التدبير بإباق المدبر ، ولو أولد له في حال اباقه كان أولاده رقاً .

قد تقدم أن التدبير وصية وكل وصية دين فالدين مقدم عليها ، والمقدمتان اجماعيتان . وأما الرواية المتروكة فهي ما رواه حسن بن علي بن يقطين عن أخيه الحسين عن علي بن يقطين عن ابى الحسن عليه السلام[1] .

وأما التفصيل فهو أن التدبيران وقع فراراً من أداء دين سابق فهو باطل ، وان وقع حال الصحة فلا سبيل للديان عليه ويحكم بصحته . ومثل ذلك روى ابو بصير عن الصادق عليه السلام[2] ايضاً ، وعمل الشيخ في النهاية عليه[3] . والاولى أن لايحكم بترك هاتين الروايتين لصحتهما . نعم تحملان على تدبير واجب كما تقدم .

قوله : ولواولد له فى حال اباقه كان اولاده رقاً

لاخلاف بين الاصحاب ان الاباق مبطل للتدبير المباشر وان الأولاد الحاصلين بعده أرقاء ،لان النماء تابع لاصله ، ومن ولد قبله مدبرون بحكم الشرع ولايبطل تدبيرهم باباق أبيهم .وهل يبطل باباقهم أنفسهم ؟ نظر:من اطلاق الحكم ببطلان التدبير بالاباق ، ومن أن تدبيرهم ليس بالمباشرة بل بالسراية . وليس حكمها حكم المباشرة ، لماتقدم من عدم جواز الرجوع معها .

و هنا فوائد :

(الاولى) الولد التابع في التدبير يشترط كونه ملكاً للسيد لالغيره .

---

١) التهذيب ٢٦١٨ ، الاستبصار ٢٨/٤ .

٢) التهذيب ٢٦١/٨ ، الفقيه ٧٢/٣ .

٣) النهاية : ٥٥٣ .

ولو جعل خدمة عبده لغيره ثم قال: هو حر بعد وفاة المخدوم صح على الروايـة، ولوأبق لم يبطل تدبيره فصار حراً بالوفاة ولا سبيل عليه.

(الثانية) يشترط حصوله من عقد أو شبهة أوتحليل، فلو كان من زنالم يثبت له حكم التدبير لعدم لحوقه بأحد، وقال الشيخ يكون مدبراً، لانه مملوك للسيد. وفيه نظر.

(الثالثة) ان قلنا ان العبد يملك فأولاد المدبر من أمته مدبرون، وان أحلنا ذلك فالامة للسيد والحكم في وطئها كماتقدم.

قوله: ولوجعل خدمة عبده لغيره ثم قال هوحربعد وفاة المخدوم صح على الرواية، ولوابق لم يبطل تدبيره

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن حمزة وابن الجنيد، والمستند الرواية المذكورة، وهي عن يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام في الرجل تكون له الجارية تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ماعاش فاذا مات فهي حرة فتابق الامة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أوستة ثم يجدها ورثته ألهم ان يستخدموها بعد ما أبقت؟ قال: اذا مات الرجل فقد عتقت[2]، ولان العتق قابل للتنجيز والتأخير ولاتفاوت بين الاشخاص، وقد جاز تعليقه بوفاة السيد فلينجز بوفاة غيره.

واختاره العلامة في المختلف والقواعد[3]، قال: لان المقتضي للابطال ليس جعل الخدمة للغير لانه سائغ اجماعاً، ولا تأخير التحرير لانـه جائز في

١) النهاية: ٤٣٠.

٢) التهذيب ٨/ ٢٦٤.

٣) المختلف، الجزء الخامس ٨٥. القواعد، الفصل الثالث من المقصد الثاني من كتاب العتق.

المدبر اجماعاً . ولا خصوصية من تعليق التحرير بموته، اذلااعتبار بذلك في نظر الشرع .

وفي الجميع نظر :

أما أولا : فلما قاله ابـن ادريس[1] ان التدبير هو تعليق العتق على موت السيد كمااجمع عليه اهل العلم لاعلى موت غيرالسيد .

وأما ثانياً : فلان الرواية وان سلم العمل بخبر الواحد فلادلالة فيها على المطلوب ، لاحتمال عود الضمير فيقوله« ماعاش » وفي قوله « اذامات » الى الرجل المالك الاأنه ترك الحكاية ولذلك اشتبه ، وكذلك الضمير في قـوله « ألهم » يعود الى ورثة المالك . فيكون هذا على الاحتمال تدبيراً لاتعليقاً .

ان قلت : فحينئذ ينبغيأن يبطل بالاق كما هوشأن التدبير ، لكن الرواية دلت على عدم ذلك .

قلت : جاز أن يكون تدبيراً واجباً بالنذر وشبهه فلايبطل بالاباق ، فتنعتق عند موت سيدها .

وأما ثالثاً : فانانمنع عدم التفاوتبين الاشخاص، فان التدبير وصية ولاشيء من الوصية يصح معلقاً علىموت الغير .

وأما رابعاً : فلان حصر العلامة الابطال فيما ذكر ممنوع ، اذ لقائـل أن يقول : المقتضي للبطلان أنه عتق معلق ، ومنشرط العتق التنجيز ، خرج منه التدبيربالاجماع والدليل فيبقى الباقي على المنع .

وأما خامساً: فلان التدبير حكم شرعي، وكل حكم شرعي لابد له من دليل شرعي ، وليس لماعرفت من ضعف المستند .

وهنا فوائد :

---

١) السرائر : ٣٥٠ .

(الاولى) ان الرواية دلت على التعليق بوفاة المخدوم وحمل عليه الزوج ، امالعدم التفاوت كما قالوا أولحصول الملابسة بين الزوج والزوجة كالملابسة بين الخادم والمخدوم .

(الثانية) على القول بالجواز لومات المخدوم في حياة السيدعتق من الاصل، لانه عتق حال حياة المالك فيكون كالمنجز في الصحة .

(الثالثة) الظاهر أنه يجوز الرجوع في هذا التدبير عند القائل به ، ولاينافي ذلك عتقه من الاصل ولا عدم بطلانه بالاباق، لجواز اختلاف الاحكام باختلاف الاعتبار في الاول واختلاف الخصوصيات في الثاني .

قوله : واما المكاتبة ١) فتستدعى بيان اركانها ــ الى آخره

هنا فوائد :

(الاولى) انها مشتقة من الكتب وهو الجمع ، لانضمام بعض النجوم الى بعض، ومنه كتبت البغلة لانضمام شفريها[٢] بحلقة أوسير، و كتبت القربة لانضمام حواشيها بالخرز .

(الثانية) قال بعض الفقهاء انها عتق بصفة ، أي اعتاقها على مال في ذمته ،

---

١) قال في اللسان نقلاعن ابن الاثير: الكتابة ان يكاتب الرجل عبده على مال يؤديه اليه منجماً، فاذا أداه صارحراً. قال: وسميت كتابة بمصدر كتب لانه يكتب على نفسه لمولاه ثمنه ويكتب مولاه له عليه العتق. والعبد مكاتب . وانما نص العبد بالمفعول لان اصل المكاتبة من المولى وهو الذى يكاتب عبده .

٢) الشفر جمعه اشفار كقفل واقفال ، شفر كل شيء حرفه ، ومنه شفر العين والفرج ، ومنه شفير النهر ، وشفر العين : ما ينبت عليه الهدب . والسير الذى يقدمن الجلد جمعه سيور مثل فلس وفلوس .

كما لوشرط عليه الخدمة في المعتق المنجز .

وفيه نظر، لمفارقتهاالعتق بحصوله عاجلا واشتراطه بالقربة، بخلافالكتابة في الامرين ، فانها تتوقف على أداء المال ولايشترط فيها القربة .

(الثالثة) قال التقي وابن ادريس هى بيع للعبد من نفسه ويلزمها ثبوت الخيار فيها ، والشيخ منع الخيار فيهما وجوز التقابل . وفي القولين نظر من وجوه :

الاول : أنها يشترط فيها الاجل على قول الاكثر بخلاف البيع .

الثاني: أن البيع فيه خيار المجلس والحيوان وليس فيالكتابة شيء منها.

الثالث : أن البائع يجوز أن يشترط لنفسه الخيار في نفس العقد وليس للسيد ذلك في نفس العقد .

الرابع : أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى آخر ، فلابد فيه من تحقق اضافة الملك بين المشتري والمبيع لتوقف الاضافة على تغائر المضافين . فالحق اذاً أنها معاملة مستقلة ليست بيعاً ولا عتقاً بصفة .

(الرابعة) صيغة العقد أن يقول السيد « كاتبتك على أن تؤدي الي كذا في وقت كذا فاذا أديت فأنت حر » فيقبل العبد . كذا قال الشيخ في الخلاف[1] وابن ادريس[2].

وقال فيالمبسوط[3] لا حاجة الى قوله « فاذا أديت فأنت حر » ، لان ذلك غاية الكتابة ، فهي دالة عليه كما لايجب ذكر غاية البيع والاجارة . نعم لابد من قصد ذلك ، لان الكتابة لايعرفها الا العلماء فلا يحكم عليه بالعتق بمجرد

١) الخلاف ٣/٣٧٦ .

٢) السرائر : ٣٤٩ .

٣) المبسوط ٦/٧٤ .

والاركان أربعة: العقد ، والملك ، والمكاتب، والعوض .

والكتابة مستحبة مع الديانة وامكان الاكتساب، وتتأكد بسؤال المملوك، وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً .

لفظها من دون تعليق العتق بالاداء . ولا شك ان هذا أحوط .

(الخامسة) للكتابة خواص يفارق بها غيرها : « الف » وقوع المعاملة بين المالك وعبده ولا يصح ذلك غيرها. « ب » ان العوض والمعوض ملك السيد، اذ لولا العقد لكان الكسب ملكاً للسيد . « ج » انه يملك من بين العبيد ويثبت له ارش الجناية على سيده الجاني عليه وعليه الارش لسيده المجني عليه بخلاف باقي العبيد . « د » ان المكاتب على درجة بين الاستقلال بالتصرف وعدم الاستقلال، فانه غير ممنوع مطلقاً لجواز بيعه وشرائه واجارته وسائر عقوده مع عدم المحاباة في ذلك وان لم يأذن السيد ولا سائغ له مطلقاً جواز هبته وصدقته وتبرعاته الا باذن منه .

قوله : والكتابة مستحبة مع الديانة وامكان الاكتساب وتتأكد بسؤال المملوك وتستحب مع التماسه ولو كان عاجزاً

في ظاهر هذه العبارة ايهام تناقض، لان الاستحباب اذا كان مشروطاً بامكان الاكتساب فكيف تتأكد مع العجز، فان العجز عن الاكتساب يضاد القدرة عليه.

ويمكن أن يجاب : بأن المراد ان استحبابها مع عدم سؤال العبد مشروط بامكان الاكتساب ومع سؤاله ليس مشروطاً به، لان سؤاله دليل على امكان ادائه وان لم يكن قادراً على اكتسابه بأن وعده احد بالاعانة .

اذا عرفت هذا فهنا فائدتان :

(الاولى) انها مع عدم الديانة وامكان الاكتساب غير مستحبة بل جائز، لعدم

المنع من ذلك شرعاً . وأصالة الجواز ودلالة المفهوم المخالف باطل عندنا .

(الثانية) اناشتراط الديانة في الاستحباب معلوم من قوله تعالى « ان علمتم فيهم خيراً »[1] . قال السيد : الخيرهوعمل يثاب عليه . وقال ابن ادريس[2] المراد لدين والايمان ، وقال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف هو هنا بمعنى الكسب والامانة لوروده في الكتاب فيهمامعاً كقوله « وانه لحب الخير لشديد»[4] والمراد المال ، وكذا قوله تعالى « ان ترك خيراً »[5] أي مالا ، وقوله « ومن يعمل مثقال ذرة خيراً يره »[6] والمراد العمل الصالح فحمل على المعنيين .

وفيه نظر ، لان استعمال المشترك في كلا المعنيين ممنوع عند الاكثر ، ومن جوزه فهو مجاز لايصاراليه الا بدليل وليس . وأيضاً كسب المال ليس بمال فيكون مجازاً . هذامع أنه وردالخير بغيرماذكر ، كقوله « والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير »[7] أي ثواب ، وليس في شيء من ذلك ذكر الكسب .

قوله : وهى قسمان ، فان اقتصر على العقد فهى مطلقة وان اشترط

---

١) سورة النور : ٣٣ .

٢) السرائر : ٣٥٠ .

٣) المبسوط ٧٢/٦ ، الخلاف ٣٧٢/٣ .

٤) سورة العاديات : ٨ .

٥) سورة البقرة : ١٨٠ .

٦) سورة الزلزلة : ٧ .

٧) سورة الحج : ٣٦ .

عوده رقاً مع العجز فهى مشروطة . وفى الاطلاق يتحرر منه بقدرما

عوده رقاً مع العجز فهى مشروطة

هنا فائدتان :

(احداهما) اختلف فى هذا العقد هل هو جائز أم لازم ؟ قال ابن حمزة المشروطة جائزة والمطلقة لازمة من طرف السيد فقط، وقال الشيخ وجماعة ان المطلقة لازمة من الطرفين والمشروطة لازمة من طرف السيد جائزة من طرف العبد، واختاره ابن ادريس[1] لان للعبد تعجيز نفسه . وهوممنوع بل تجب عليه السعي ولو امتنع أجبر لاقتضاء عقد الكتابة وجوب الاداء والفرض امكانه فيجبر عليه كما في الواجبات .

واختار المصنف والعلامة[2] لزومها بنوعيها . وهو الحق ، لانها عقد وكل عقد أصله اللزوم ، لقوله « أوفوا بالعقود »[3] وخرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على المنع .

(ثانيتهما) أوجب الشيخ[4] التأجيل في النوعين معاً، اذ لو وقعت حالة فالمعاملة اما على ما في يد العبد وهو باطل لانه ملك للسيد ، واما على متوقع فيجب ضرب الاجل لحصوله لئلا تتطرق الجهالة المستلزمة للغرر المنهى عنه. وقال ابن حمزة وابن ادريس[5] تصح حالة ، لجواز أن يعده انسان بالاعانة أو يعطى من مال الصدقات فيحصل الغرض .

---

١) السرائر : ٣٤٩ .

٢) القواعد ، المقصد الثالث من كتاب العتق .

٣) سورة المائدة : ١ .

٤) المبسوط ٦/٧٣ ، الخلاف ٣/٣٧٣ .

٥) السرائر : ٣٥٠ .

أدى . وفى المشروطة يرد رقاً مع العجز ، وحده أن يخؤر النجم من محله . وفى رواية أن يؤخر نجماً الى نجم ، وكذا لو علم منه العجز. ويستحب للمولى الصبر لو عجز . وكل مايشترطه المولى على المكاتب لازم ما لم يخالف المشروع .

وفيه نظر ، لان الاداء واجب بالعقد كما هو شأن العقود الحالة والاعطاء المذكور جائز فلايعلق الواجب به . والاول اختيار المصنف وعليه الفتوى .

قوله : وحده ان يؤخر النجم عن محله ، وفى رواية ان يؤخر نجماً الى نجم ، وكذا لو علم منه العجز

الاول قول المفيد[1] وابن الجنيد والشيخ في الاستبصار، واختاره ابن ادريس[1] والمصنف والعلامة[1] ، وعليه الفتوى، ومستنده رواية معاوية بن وهب صحيحاً عن الصادق عليه السلام وقد قال له : ماحد العجز ؟ فقال : ان قضاتنا يقولون ان عجز المكاتب أن يؤخر النجم الى النجم الاخر حتى يحول عليه الحول . قلت: فماتقول أنت ؟ فقال : لا ولا كرامة ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله[2] .

والثاني قول الشيخ في النهاية[3] ، والرواية المشار اليها عن اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام ان علياً صلوات الله عليه كان يقول: اذا عجز المكاتب لم ترد كتابته في الرق، ولكن ينتظر عاماً أو عامين فان قام بمكاتبته والا رد رقاً[4] .

---

١) المقنعة : ٨٦ ، الاستبصار ٤/٣٥ ، السرائر : ٣٤٩ ، القواعد : الفصل الثاني من المقصد الثالث .

٢) الكافي ٦/١٨٥ .

٣) النهاية : ٥٤٩ .

٤) التهذيب ٨/٢٦٦ .

ويعتبر فى المالك جواز التصرف والاختيار والقصد ، وفى اعتبار الاسلام تردد، أشبهه: أنه لايعتبر. ويعتبر فى المملوك التكليف

وهنا قول ثالث عن الصدوق[1] ينتظر به ثلاثة أنجم ، فان هو عجز رد رقاً لرواية جابر عن الباقر عليه السلام[2].

وأجيب : بحملهما على الاستحباب ، فانه لانزاع في استحباب الصبر من غير تحديد ، مع أن في طريق الثالث عمر بن شمر وهو كذاب .

قوله : وفى اعتبار الاسلام تردد اشبهه انه لايعتبر

يريد أنه هل يشترط في السيد الاسلام أم لا فيه تردد ينشأ من عموم «فكاتبوهم» ولانها عقد معاوضة فيصح وقوعها من الكافر وغيره كسائر المعاوضات فلا يشترط لاسلام . ومن أنها امر ديني فيشترط في موجبها الاسلام كالعتق .

وفيه نظر، لان الجامع وصف سلبي، أي عدم الكفر في المعتق والمكاتب، والوصف السلبي لايوجب التماثل. مع أنا لانقول بالقياس، والاولى في الاستدلال انها مستلزمة لثبوت السبيل للكافر على المسلم، اما في الحال ان كان العبد مسلماً أو في مابعد الحال ان كان كافراً ثم اسلم. وأيضاً يشترط في العبد الديانة كما يجيء فلاتصح كتابة الكافر لكافر لعدم الديانة في العبد ولا لمسلم لانتفاء السبيل ، لاستلزام الملك الذي هو شرط ثبوت السبيل الممنوع منه .

ولنتم البحث بفوائد :

(الاولى) انه هل يزول السبيل عن المسلم بكتابة السيد الكافر له أم لا؟ أما على القول بأنها عقد جائز فلا يزول قطعاً وأما على القول باللزوم فيحتمل عدم الزوال لجواز

---

١) المقنع : ١٥٨ .

٢) الفقيه ٣/٧٣ ، التهذيب ٨/٢٦٧ ، الاستبصار ٤/٣٤ .

وفى كتابة الكافر تردد ، أظهره المنع .

عدم المشروط . فللسيد استرقاقه ، لان ذلك من لوازم الشروط .

وهو ممنوع لاستلزامه السبيل وان وجب بيعه، اذلابيع الا في ملك وموت المطلق قبل الاداء ، فيكون للسيد أخذ ماله ويحكم بموته رقاًله . وهو ممنوع أيضاً .

ويحتمل الزوال لانقطاع السلطنة الا بالاستيفاء . وهو غير ممنوع ، لجواز استدانة المسلم من كافر .

(الثانية) اختار المصنف والعلامة[1] عدم اشتراط الاسلام فيما لو كان السيد وعبده كافرين، لما قلنا من أنهانوع معاوضة ، وهي صحيحة من الكافر . ومتى جوزنا عتق الكافر فالجواز هنا أولى .

(الثالثة) لوأسلم العبد بعد كتابته، فان قلنا بارتفاع السبيل بكتابة العبد المسلم فالكتابة بحالها ، وان قلنا بعدمه فهل ترتفع الكتابة بالاسلام ؟ الاقرب العدم ، لما قلنا من لزومها وبيع المكاتب لايجوز .

ولايلزم من بقائها صحتها ابتداء ، للفرق لسبق اللزوم على الاسلام ، وهو قول الشيخ في المسبوط[2].

قوله : وفى كتابة الكافر تردد اظهره المنع

ينشأ من تفسير الخير المشار اليه في الاية، فمن قال انه القدرة على الاكتساب جازعنده كتابة العبد الكافر مع حصول المعنى فيه ، ومن قال انه الديانة أوما يستلزمها فلا تجوز كتابة الكافر عنده ، اذ الكافر لا خيرفيه ، ولان المكاتب

---

١) المختلف ، الجزء الخامس ٩٤ .

٢) داجع المبسوط ٦/١٢٨ .

ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلا معلوم القدر والوصف مما يصح تملكه للمولى. ولاحد لاكثره لكن يكره أن يتجاوز قيمته، ولو دفع ماعليه قبل الاجل فالولي في قبضه بالخيار. ولو عجز المطلق عن الاداء فكه الامام من سهم الرقاب وجوباً .

يعطى من الزكاة الواجبة ولاشيء من الكافر بأهل لها . وهو فتوى الشيخ في المبسوط[1] لكنه قال: اذا كان لمسلم عبد فارتد ثم كاتبه السيد بعد ردته صح لانها عقد معاوضة والمرتد يصح منه ذلك. والقولان متنافيان مع منع التعليل في الثاني، اذ المنع قائم في صحة معاوضة المرتد للحجر عليه .

قوله : ويعتبر في العوض كونه ديناً مؤجلا

هذا بناء على القول بوجوب التأجيل كما تقدم .

قوله : ممايصح تملكه للمولى

انما قال ذلك ولم يقل تملكه للمسلم ليشمل الذمي كماتقدم من مذهبه من عدم اشتراط الاسلام وصحة مكاتبة الذمي مثله .

ويتفرع على ذلك أنه لو عقد على خمر أوخنزير ثم أسلما أو أحدهما فهل للسيد قيمة العوض كما قاله الشيخ[2] اوقيمة العبد اذكانت أقل من قيمة العوض كما قال ابن الجنيد ؟ الحق الاول ، لان الواجب بالعقد هو عين العوض ، فمع تعذره شرعاً ينتقل الى قيمته .

ولابن الجنيد قول ثالث ببطلان الكتابه وليس بشيء .

قوله : ولودفع ما عليه قبل الاجل فالمولى في قبضة بالخيار

---

١) المبسوط ١٣٠/٦ .

٢) المبسوط ١٢٨/٦ .

وأما الاحكام فمسائل :

(الاولى):اذامات المشروط بطلت الكتابة و كان ماله وأولاده لمولاه.

هذا الحكم ممااتفق عليه الأصحاب الاابن الجنيد فانه خصصه بأنه اذا بذل العبد قبل الأجل و كانت السلعةممايفسد عندالسيدالىوقت الأجل فللسيد الامتناع ويفهم منه أنه ليس له الامتناع اذا لم يفسد . وليس بمعتمد .

قوله: اذا مات المشروط بطلت الكتابة وكان ماله واولاده لمولاه

هذا قول الشيخ في النهاية والمبسوط[1]، واختاره القاضي وابن ادريس»[2] وعليه الفتوى استصحاباًللعبودية ، فان المشروط لاينعتق الابأداء مجموع ما عليه لا بأداء بعضه ولا بالقدرة على الاداء ولم يؤد .

وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه‌السلام صحيحاً في مكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته . قال : ان اشترط عليه ان عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكاً والجارية، وان لم يكن اشترطعليه أدى ابنه مابقي من مكاتبته وورث ما بقي[3]، وبمعناه روى جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام أيضاً[4] .

وقال الشيخ في الخلاف[5]: ان كان فيما خلفه وفاء لما عليه وفى منه ما عليه والباقي لورثته ، وان لم يكن فيه وفاءكان لمولاه فانه عجز ، وان كان له أولاد مملوكة له كان حكمهم حكمه ، وان وفي ماعليه انعتقوا ، وان عجزوا

---

١) النهاية : ٥٥٣ ، المبسوط ٩١/٦ .

٢) السرائر : ٣٤٩ .

٣ ، ٤) الفقيه ٧٧/٣ ، التهذيب ٢٧١/٨و٢٧٢ ، الاستبصار ٣٧/٤ .

٥) الخلاف ٣٧٧/٣ .

وان مات المطلق وقد أدى شيئاً تحرر منه بقدره وكان للمولى من تركته بنسبة ما بقي من رقبته ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا أحراراً في الاصل والا تحرر منهم بقدر ما تحرر منه وألزموا بما بقي من مال الكتابة فاذا أدوه تحرروا ، ولو لم يكن لهم مال سعوا فيما بقى منهم ، وفي رواية يؤدون ما بقي من مال الكتابة وما فضل لهم .

عنه كانوا مماليك لسيد ابيهم .

قوله: وان مات المطلق وقد ادى شيئاً تحرر منه بقدره وكان للمولى من تركته بنسبة ما بقى من رقبته ولورثته بنسبة الحرية ان كانوا احراراً فى الاصل والاتحرر منهم بقدر ما تحرر منه والزموا ما بقى من مال الكتابة ، فاذا ادوه تحرروا ولولم يكن لهم مال سعوا فيما بقى منهم

هذا هو مذهب الشيخ[1] في المبسوط والنهاية والخلاف استناداً الى رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في مكاتب توفي وله مال. قال: يقسم ماله على قدرما أعتق منه لورثته، ومالم ينعتق يحسب منه لاربابه الذين كاتبوه هوماله[2] .وبمعناها روى بريد بن معاوية[3] صحيحاً .

وأما الرواية المشار اليها فهي ما قدمناه من رواية ابن سنان وجميل[4] .

وأجاب الشيخ عنهما بأنه ليس فيهما ولا في غيرهما دلالة على أن ما يؤديه الولد يكون من أصل المال أو مما يخصه ، بل هي أعم من الامرين ، واذا احتمل ذلك حملناه على أن الاداء مما يخص الولد ، فاذا بقي منه شيء كان له .

---

١) المبسوط ٦/٩١ ، النهاية : ٥٥٠ ، الخلاف ٣/٣٧٧ .

٢) التهذيب ٨/٢٧٤ .

٣) التهذيب ٨/٢٦٦ ، الكافي ٦/١٨٦ .

٤) قد مرتا قبيل هذا .

والمطلق اذا اوصى او أوصي له ، صح نصيب الحرية وبطل في الزائد . وكذا لو وجب عليه حد اقيم عليه من حد الاحرار بنسبة مافيه من الحرية ، ومن حد العبد بنسبة ما فيه من الرقية . ولو زنى المولى بمكاتبته المطلقة سقط عنه من الحد بقدر نصيبه منها وحد بما تحرر .

(الثانية): ليس للمكاتب التصرف في ماله بهبة ولا عتق ولا اقراض الا باذن المولى . وليس للمولى التصرف في ماله بغير الاستيفاء. ولا يحل له وطء المكاتبة بالملك ولا بالعقد، ولو وطئها مكرهاً لزمه مهرها. ولا تتزوج الا باذنه، ولو حملت بعد الكتابة كان حكم ولدها حكمها اذا لم يكونوا أحراراً .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان رواية ابن قيس وان كانت ضعيفة بضعف ابن قيس لكنها مجبورة بعمل الاصحاب وبموافقتها للدليل من تبعية المال للملك التابع للحرية والرقية وتؤيدها رواية بريد .

(الثانية) معنى كون الاولاد أحراراً في الاصل كما أنه اذا تزوج المكاتب باذن سيده بحرة ، ومعنى تبعيتهم له انه وطىء أمته باذن سيده أو بغير اذنه أو تزوج بحرة عالمة بحاله من غير اذن سيده أو غير ذلك .

(الثالثة) اذا آل الحال الى سعي الاولاد فهل للمولى اجبارهم عليه ؟ تردد المصنف في الشرائع[1] من أصالة البراءة وكون الاجبار على خلاف الاصل

---

١) الشرائع ٢/٢٢٤ .

(الثالثة) : يجب على المولى اعانته من الزكاة ولو لم يكن، استحب تبرعاً .

فلا يصار اليه الا بدليل وليس. وتؤيده رواية ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام[1].
ومن أن حكم الولد حكم أبيه في أنه يسترق منه بقدر ما بقي ويتحرر بقدر ما أدى، فيكون للسيد عليه ولاية الاجبار كما له اجبار أبيه دفعاً للضرر الناشىء من التشقيص .

والفتوى على الاول، لما قلناه . ونمنع حصول الضرر، وبتقديره فهو ناش من اختيار المولى للكتابة .

قوله: يجب على المولى اعانته من الزكاة ولولم يكن استحب تبرعاً

تنقيح هذا البحث بفوائد :

(الاولى) في اعانته اقوال :

« الاول » وجوبها مطلقاً، وهو قول الشيخ في المبسوط[2] .

«الثاني» وجوبها ان وجب الزكاة على المالك والا استحب ، وهو قول الشيخ في الخلاف[3] والمصنف والعلامة في القواعد[3] .

« الثالث » استحبابها من سهم الرقاب ، وبه قال القاضي وابن حمزة .

«الرابع » وجوب اعانة المطاق مع عجزه ووجوب الزكاة لاالمشروط ، وبه قال ابن ادريس[4]، قال: وان لم يجب عليه الزكاة فكه الامام من سهم الرقاب

---

١) التهذيب ٨/ ٢٧١ ، الفقيه ٣/ ٧٦ ، الاستبصار ٤/ ٣٨ .

٢) المبسوط ٦/ ٩٣ .

٣) الخلاف ٣/ ٣٧٨ ، القواعد : المطلب الثاني من الفصل الثالث من المقصد الثالث من كتاب العتق.

٤) السرائر : ٣٥٠ .

«الخامس» الأستحباب مطلقاً للمطلق والمشروط في الزكاة وغيرها، وهو اختيار العلامة في المختلف[1].

ومثار هذه الاقوال اطلاق قوله تعالى «وآتوهم من مال الله»[2] وانه هل الامر فيه للوجوب أو الاستحباب، ويرجح الوجوب الاحتياط والاستحباب أصالة البراءة.

(الثانية) هل المراد بمال الله هو الزكاة لانه الموجب لها أو المراد مطلق المال لانه المالك للكل والمعطي له؟ فيه قولان جوزنا هما في الكنز.

(الثالثة) هل للاعانة قدر معين؟الحق لا، لعدم النص على شيء واطلاق الامر يكفي فيه مسماه، وبه قال ابن ادريس والعلامة في المختلف[3].

(الرابعة)لوأخل المولى بالايتاء حتى عتق بالاداء هل يجب القضاء لوقلنا بالوجوب ؟ قال في المبسوط[4] نعم، لانه حق ثبت في الذمة فلايزول الابأدائه ولومات السيد وجب اخراجه من تركته مقدماًكما في الديون . وتكون الفائدة ليس هو الأعانة على العتق لاغير بل وعلى قوته وبلغته، ويكون ذلك من العبادات اللازم أداؤها .

(الخامسة) الاعانة قد تكون باسقاط ما عليه من النجوم وقدتكون باعطائه شيئاً مما عليه أو من غيره، سواء كان من جنسه أوغير جنسه، ولايختص ذلك بالنجم الاخير كما قال بعضهم .

(السادسة) هل يجب على المكاتب قبول الايتاء ؟ يحتمل العدم للاصل ،

---

١) المختلف ، الجزء الخامس : ٧٨ .
٢) سورة النور : ٣٣ .
٣) السرائر : ٣٥٠ ، المختلف الجزء الخامس : ٧٨ .
٤) المبسوط ٩٣/٦ .

وأما الاستيلاد : فهو يتحقق بعلوق أمته منه في ملكه .

ويحتمل الوجوب وقواه في المبسوط[1]. والتحقيق أن نقول: ان الايتاء اما باسقاط ماعليه فذلك ابراء لايشترط فيه القبول ، أوباعطائه شيئاً فامامن عين ماعليه أومن غيره ، والاول فيه الخلاف، والحق وجوب قبوله. والثاني اما من جنسه أو مثله فيجب اذاكان قبل العتق لانه اكتساب لاداء دين واجب اداؤه أومن غيرجنسه فلا يجب للاصل ، وكذا لو كان من جنسه بعدالعتق .

قوله : واما الاستيلاد فهويتحقق بعلوق امته منه فى ملكه

هنا فوائد :

(الاولى) الاستيلاد طلب الولد،لان السين للطلب غالباًمن قولهم «استعطى» أي طلب العطاء . والمراد به هنا طلب الولد من المملوكة بالوطىء لها .

(الثانية) تقدم أنه يحرم ترك وطىء الزوجة الدائمة مدة تزيد على أربعة أشهر وغيرها لايحرم ذلك كالمستمتع بها ، أما الامة فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: من ملك جارية فلينكحهاو الافلينكحها والافليس من الله في شيء بمعناه مذاكرة وأظن من سماعي أن تمام الحديث : والافليتبوأ مقعده من النار

وعلى التقديرين فهودال على رجحان وطىء الامة ، وحيث الاصل البراءة من الوجوب فليحمل على شدة الاستحباب و كراهة الترك كراهة شديدة . نعم يخرج من العهدة بالوطىء ولومرة واحدة .

(الثالثة) تصير الامة أم ولد لمولاها بعلوقها منه فى ملكه . واحترزنا بقولنا « فى ملكه » عما لووطئها في ملك غيره بأحدالاسباب المبيحة ثم انتقلت اليه فانهاليست أم ولد على الرأي الاصح،وهو أحدقولي الشيخ فى المبسوط[2]

---

١) المبسوط ٦/٩٤.

٢) داجع المبسوط ٦/١٨٥ .

لان صدق الاسم لغة واشتقاقاً لايكفي في الحكم والا لكفى فيمالوزنا بأمة ثم انتقلت اليه مع ولدها وهو باطل .

وتؤيد ما قلناه رواية ابن ماردعن الصادق عليه السلام في رجل تزوج الامة فتلد منه ثم يشتريها فتمكث عنده ماشاءالله لم تلد منه شيئاً بعدما ملكها ثم يبدو له في بيعها. قال: هي أمته انشاء باعها مالم يحدث عنده حمل بعد ذلك وان شاء اعتق[1].

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[2] لوتزوج رجل أمة غيره وشرط مالكها رقية ولدها ثم ملكهما الواطىء أووطىء أمة غيره لشبهة فحملت منه ثم ملكها فانهما تصيران أمي ولد . قال بالاولى في الخلاف وبالثانية في المبسوط .

وقال ابن حمزة كل وطىء يحصل منه ولد يلتحق بالواطىء تصير الامة به أم ولد الا في ثلاثة مواضع:

« الاول » أن يطأ الاب جارية ولده الكبير بغير اذن .

« الثاني » أن يطأ جارية الصغير من غير تقويم ، فان الولد في الصورتين يصير حراً ولم تصر الجارية أم ولد .

« الثالث » أن يطأ الولد جارية الاب من غير اذنه عالماً بالتحريم ، يرق الولد ولم تصر الجارية أم ولد. والقولان مدفوعان بالرواية المذكورة .

« الرابعة » لايكفي في الحكم وقوع النطفة في الرحم من غير أن تصير علقة فما فوقها، لان الاستيلاد حكم شرعي يتوقف ثبوته على دليل، ولم يتحقق كون النطفة ولداً فتبقى الامة على حالها .

وقال الشيخ يكفي وقوع النطفة وان لم تصر علقة، لان الاستيلاد مبني على

---

١) التهذيب ٤٨٢/٧ .

٢) المبسوط ١٨٥/٦ ، ١٨٦ ، الخلاف ٣٨٩/٣ .

وهي مملوكة. لكن لايجوز بيعها مادام ولدها حياً الا في ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولا جهــة لقضائه غيرها، ولومات ولدها

التغليب ولهذا اعتدبالعلقة، فالنطفة بعد الاستقرار واستعدادها لقبول الصورة الانسانية تشبه العلقة. ولانا نحكم بأنها أم ولد من حين الوطىء اذا تم الحمل أوصار علقة ولهذا نحكم ببطلان التصرفات من حين الوطىء، فيكون استقرار النطفة كافياً. وهوا المطلوب.

وأجيب: بأن مجرد النطفة لايحصل معه يقين الاستيلاد لجواز فسادها، وكل مايحصل به الاستيلاد يجب تيقنه، فلا يحصل الاستيلاد بمجردها.

(الخامسة) يكفي في الحكم مجرد الملك وان كان ممنوعاً من التصرف كالمرهونة أوممنوعاً من الوطىء شرعاً كالصوم والحيض.

قوله: وهي مملوكة لكن لايجوز بيعها مادام ولدها حياً الافى ثمن رقبتها اذا كان ديناً على مولاها ولاجهة لقضائه غيرها

هذا الحكم هوالظاهر من مذهب الاصحاب، أفتى به الشيخان واتباعهما وابن الجنيدوابن ادريس ومستندهم الروايات: كرواية زرارة حسناً عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن أم ولد على أنها تباع وتورث[1]. ورواية عمروبن يزيد عن الكاظم عليه السلام قال: قلت أسألك. قال: سل. قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الاولاد. قال: في فكاك رقابهن[2]. وغيرذلك من الروايات.

ولم نعلم في ذلك خلافاً الا مانقل ابن ادريس عن المرتضى أنه منع من بيعها مادام ولدها حياً. وهو محجوج بما اشتهر من فعل علي عليه السلام.

---

١) الكافي ١٩١/٦، الفقيه ٨٢/٣، التهذيب ٢٣٧/٨.

٢) الكافي ١٩٣/٦، الفقيه ٨٣/٣.

جاز بيعها . وتتحرر بموت المولى من نصيب ولدها. ولولم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت فيما بقي .

وفي رواية تقوم على ولدها ان كان موسراً ، وفي رواية محمد ابن قيس عن أبى جعفر عليه السلام في وليدة نصرانية أسلمت وولدت من مولاها غلاماً ومات فأعتقت وتزوجت نصرانياً وتنصرت. فقال: ولدها لابنها من سيدها وتحبس حتى تضع وتقتل . وفى « النهاية » يفعل بها ما يفعل بالمرتدة . والرواية شاذة .

قوله : ولولم يخلف الميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت فى ما بقى ، وفى رواية تقوم على ولدها ان كان موسراً

الاستسعاء هو أحد قولي الشيخ والمفيد وابن ادريس، وعليه الفتوى، والمستند رواية يونس .

وأما التقويم فهو قول الشيخ في النهاية، ومستنده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[1]. وأفتى ابن حمزة بذلك .

قوله : وفى النهاية يفعل بها ما يفعل بالمرتدة ، والرواية شاذة

أما فتوى النهاية[2] فهي ظاهرة وموافقة للاصول، وأما الرواية فهي اشارة الى

---

١) الاستبصار ١٤/٤ .

٢) النهاية : ٤٩٩ .

ماذكر من رواية ابن قيس[1] ، ووجه شذوذها كون ابن قيس راويها أولا فانه اسم لجماعة منهم الضعيف والقوي وهو غير معلوم من القسمين ، ومخالفتها للاصول ثانياً بأن كون ولدها من النصراني لابنها لاوجه له .

---

١) التهذيب ٢١٣/٨ ، الاستبصار ٢٥٥/٤ . باسناده عن محمد بن قيس عن ابى جعفرعليه السلام قال : قضى على عليه السلام فى وليدة كانت نصرانية فأسلمت عند رجل فولدت لسيدها غلاماً ثم ان سيدها مات فأصابها عتاق السرية فنكحت رجلا نصرانياً دارياً وهوالعطار فتنصرت ثم ولدت ولدين وحملت آخر. فقضى فيها ان يعرض عليها الاسلام فأبت . فقال: اما ما ولدت من ولد فانه لابنها من سيدها الاول واحبسها حتى تضع ما فى بطنها فاذا ولدت فاقتلها .

كتاب الاقرار
والنظر فى الاركان واللواحق

والاركان أربعة :

(الاول). الاقرار. وهو اخبار الانسان بحق لازم له. ولا يختص لفظاً.

قوله :كتاب الاقرار[١])

شرعيته ثابتة بالكتاب فيقوله « كونوا شهداءالله ولوعلىأنفسكم »[٢]) وقوله «أأقررتم وأخذتم علىذلكم اصري»[٣]، وبالسنة فيقوله صلى الله عليه وآله وسلم اقرارالعقلاء علىأنفسهم جائز[٤]) وبالاجماع، وهوظاهر .

قوله : الاول الاقرار هواخبار الانسان بحق لازم له

---

١) فيالجواهر: الاقرار بمعنىالاعتراف فيالصحاح وعن مجمع البحرين، والاذعان للحق عن القاموس ، وفى المسالك والاسعاد لبعض الشافعية : الاثبات من قولك قرالشيء يقراذا ثبت واقررته اذا افدته القرار. وعلى كل حال فهوليس من العقود والايقاعات لانه ليس بانشاء الاانه لما كان مشابهاً للايقاع فى الجملة ذكره المصنف فيها .

٢) سورة الاعراف : ١٧٢ «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولوعلى انفسكم » .

٣) سورة آل عمران : ٨١ .

٤) الوسائل ١٦/١٣٣ ، قال فيه : وروى جماعة من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم .

وتقوم مقامه الاشارة. لوقال لي عليك كذا، فقال نعم وأجل فهو اقرار. وكذا لوقال أليس لي عليك كذا؟ فقال. بلى ولوقال نعم، قال الشيخ

قوله اخبار جنس شامل للاخبارات كلها. وقوله «بحق لازم له» يخرج الشهادة والحق أعم من أن يكون عيناً أودينا أومنفعة أوشفعة أوخياراً اوقصاصاً أوابراءاً، وفي كونه اخباراً فوائد:

(الاولى) لايختص لفظاً لحصول المعنى بأي عبارة وقعت.

(الثانية) أنه ليس من الاسباب المملكة ولايحصل به انتقال بل لابد وان يكون مسبوقاً بما يقتضي ثبوت الحق أونفيه.

(الثالثة) أنه لايتعدد بتعدد الوقت كالانشاء المتعدد بتعدد الاوقات، فلو شهد اثنان على اقرار شخص في وقتين أحدهما في الخميس والاخر في الجمعة صح وحكم به، بخلاف الانشاء كمالو شهد أحدهما بوقوع البيع في الخميس والاخر في الجمعة لم يثبت أحدهما وكانا متغائرين.

(الرابعة) أنه لايشترط في نفوذه كون المقربه في يده، بل ينفذ في حقه وان كان المقربه في يد غيره، فلووصل الى المقربوماً ما ألزم باقراره.

(الخامسة) أنه ينافي ملكية المقر حال اقراره، فلوأضاف المقربه الى ملكه كمالو قال داري أومالي لفلان بطل لاستحالة اضافة الملك الواحد الى مالكين في حالة واحدة، والاضافة بأدنى ملابسة ككوكب الخرقاء من قبيل المجاز فلا يعارض الحقيقة المعلومة من كلام العاقل المصان عن اللغو. اللهم الأن يقول بطريق شرعي أو سبب صحيح وأمثالهما.

قوله: وكذا لوقال أليس عليك كذا فقال بلى، ولوقال نعم قال الشيخ لايكون اقراراً، وفيه تردد

أما الاول ـ أعني قوله «بلى» ـ فلان أهل الادب قالوا ان بلى موضوعة

لايكون أقراراً . وفيه تردد . ولوقال أنا مقرلم يلزمه الا أن يقول به .

للاثبات بعد النفي واجماعهم حجة. ولذلك قالوا في قوله تعالى « ألست بربكم قالوا بلى »[1]، معناه أنت ربنا. حتى نقل عن ابن عباس انهم لوقالوا نعم لكفروا.

وأما الثاني ـ أعني لوقال نعم ـ فقال الشيخ لايكون اقراراً، لان اهل الادب قالوا ان نعم موضوعة لتقرير ماسبقها اثباتاً أونفياً ، فيكون معناه ليس علي كذا فلا يكون اقراراً. وتردد المصنف من حيث أن اهل العرف يستعملون نعم مكان بلى وقدجاء في أشعارهم :

أليس الليل يجمع أم عمرو وايانا فذاك بنا تداني

نعم وأرى الهلال كما تراه ويعلوها النهار كماعلاني[2]

ومن حيث النظر الى وضع اللغة وأصالة عدم النقل. ويقوى التفصيل، وهو أن ذلك ان صدر من عالم باللغة لم يكن اقراراً، والا كان اقراراً اذ لايكاد يفرق بين نعم وبلى الا من مضغ[3] اللغة بين لحييه .

قوله : ولوقال انا مقرلم يلزمه الاان يقول به

أما الثاني فظاهر، لاصالة عود الضمر في « بـه » الى الكلام المتقدم . وأما

---

١) سورة الاعراف : ١٧٢ .

٢) من اشعار جحدر بن مالك ، انشده حين امر الحجاج له بالسجن فقال لبعض من يخرج الى اليمامة تحمل عني شعراً فأنشد الابيات .

قوله «ام عمرو» كنية سلمى صاحبة الشاعر، وذاك اشارة الى اجتماع الليل اياهما . والتداني بفتح التاء والدال المهملة والنون المكسورة والياء مصدرقولهم تدانوا أى دنا بعضهم من بعض ، وهو تفاعل من الدنو بمعنى القرب. وأرى متكلم من الرؤية ، وترى مضارع منه . ويعلو بالعين المهملة مضارع من العلو بمعنى الارتفاع ، وعلاني ماض منه . وخلاصة المعنى : ان التداني بينها وبيني واقع بمشاركتنا فى رؤية القمر وعلو النهار .

٣) فى نسخة : من وضع اللغة .

ولوقال بعنيه اوهبنيه فهوأقرار . ولوقال لي عليك كذا ، فقـال اتزن اوانتقد لم يكن شيئاً. وكذا لوقال اتزنهاو انتقدها .أما لوقال أجلتني بها او قضيتكها فقد أقر وانقلب المقر مدعياً .

(الثاني) . المقر . ولابد من كونه مكلفاً حراً مختاراً جائز التصرف .

فلا يقبل اقرار الصغير ولاالمجنون ولاالعبد بماله . ولاحد ولا جناية ولو أوجبت قصاصاً .

الاول فلانه أعم من الاقراربالمدعى أوبغيره، اذيحتمل أنامقر بالشهادة أوببطلان دعواك، ولا دلالة للعام على الخاص مع اعتضاده بأصالةالبراءة. وهومقوي العلامة في القواعد[1].

ويحتمل كونه اقراراً ، لانه وقع عقيب الدعوى فيصرف اليها عملابالقرينة ولقوله تعالى « أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصري قالوا أقررنا»[2] ولم يقولوابه، ولانه لوجاز تعلقه بغير الدعوى لزم حمله على الهذر[3]، فان من ادعى عليه بدين فقال« انامقريكون السماء فوقنا والارض تحتنا » عد سفيهاً هذاراً ، ودفع الهذر عن كلام العاقل مقصود شرعاً .

هذا ، وفي المسألتين اشكال، لجوازارادة الاستقبال باسم الفاعل ، وهووان كان مجازاً لكن المجاز وقع كثيراً في كلامهم .

---

١) القواعد ، المطلب الاول من المقصد الثالث من كتاب الوقوف والعطايا .

٢) سورة آل عمران : ٨١ .

٣) هذر في منطقه هذراً : خلط وتكلم بمالا ينبغي .

(الثالث) : فى المقرله : ويشترط فيه أهلية التملك . ويقبل لو أقر للحمل تنزيلا على الاحتمال وان بعد .

وكذا لو أقر لعبد ويكون للمولى .

قوله : ويقبل لواقر للحمل تنزيلا على الاحتمال وان بعد

اذا أقر للحمل اما أن يطلق أو ينسب اقراره الى سبب صحيح أو الى سبب فاسد :

ففي الاول أفتى الاصحاب بالقبول، واختاره المصنف تنزيلا على الاحتمال بأن يكون سبب الملك صحيحاً كالارث والوصية وأشباههما. ونقل في المبسوط[1] عن بعضهم البطلان، وليس بشيء، لان تمليك الحمل للارث والوصية واقع قطعاً فلايستبعد تملكه مع قوله عليه السلام : اقرار العلاء على أنفسهم جائز[2].

وفي الثاني يقبل ويلزم بمقتضاه قطعاً ، وفي الثالث للاصحاب قولان: قال ابن الجنيد والقاضي بالبطلان ، لان الكلام كالجملة الواحدة لايتم الا بآخره وقد نافي آخر الاقرار أوله فيبطل ، مع أصالة براءة الذمة مما أقربه .

وقال الشيخ في المبسوط يقبل ويلزم مقتضاه ، قال المصنف في الشرائع[3] انه الوجه ، وذلك لان الاقرار يقتضي الزامه بما أقربه ، لماتقدم من الحديث ، فاذا نافاه بعدذلك لم يعتدبه، لانه انكاربعد الاعتراف، كمالوقال «لزيدعلي دراهم من ثمن خمر» .

قوله : وكذا لواقرلعبد ويكون للمولى

---

١) المبسوط ٣/ ١٤ .

٢) قد مرفى اول الاقرار .

٣) الشرائع ٢/ ٢٣١ .

(الرابع) : فى المقر به . ولو قال : له على مال قبل تفسيره بما يملك وان قل ولو قال . شيء فلا بد من تفسيره بما يثبت فى الذمة . ولو قال ألف ودرهم رجع فى تفسير الالف اليه . ولو قال مائه وعشرون درهماً فالكل دراهم .

وكذا كنايته عن الشيء ، فلو قال : كذا درهم فالاقرار بدرهم .

تقدم أن الوصية لعبد الغير باطلة ولا يكون للمولى ، وهنا حكم بأن المقر به يكون للمولى ، فالفرق بينهما حينئذ أن الوصية تمليك ابتداء والعبد لا يصلح لذلك وأما الاقرار فهو اعتراف بحق سابق فجاز ثبوته للمولى .

قوله: ولو قال الف ودرهم رجع فى تفسير الالف اليه ، ولو قال مائة وعشرون درهماً فالكل دراهم

الفرق بين الصورتين ابهام الالف من حيث المعدود فاحتاج الى تفسير ، وليس المذكور معه صالحاً للتفسير ، لان المفسر لا يعطف على المفسر لاستدعاء العطف المغائرة .

وأما الصورة الثانية فان المائة والعشرين مبهمان أيضاً من حيث المعدود يفتقران الى التفسير والمذكور صالح لذلك معاد اليهما ، والمانع ـ وهو العطف غير حاصل بين المفسر والمفسر بل بين المبهمين أنفسهما المقتضي ذلك اشتراكهما في الحكم العائد اليهما .

قوله : وكذا كنايته عن الشيء ، فلو قال كذا درهم فالاقرار بدرهم

الكناية لفظ عبر به عن لفظ آخر يفيد معنى ، ولا خلاف ان كذا من ألفاظ الكنايات المبهمة المحتاجة الى التفسير ، لكن هل هي كناية عن شيء او عن عدد؟

أجمع الادباء على الثاني، وبه قال الشيخ[1]،لاصالة بقاء الوضع الادبي على حاله والنقل على خلاف الاصل .

وقال المصنف وابن ادريس[2] بالاول ، لانه يستعمل عرفاً لغير العدد، واللفظ اذا داربين الحقيقة اللغوية والعرفية حمل على العرفية، لماثبت في الاصول وغير العدد الذى يستعمل فيه كذا في العرف غير معين، فيحمل على القدر المشترك بين الحقائق وهو الشيئية . والشيء مبهم يحتاج الى تفسير، فيحمل على أقل مايصدق على الاسم المذكور بعده . ولذلك قال: فالاقرب الرجوع في تفسيره الى المقر

فعلى قول الشيخ[3] هنا مسائل :

(الاولى) لوقال كذا درهم بالرفع لزمه درهم ،كأنه قال معدود هو درهم ، ولونصب لم يقبل أقل من عشرين، لان أقل عدد مفرد ينصب بعده المميز عشرون. ولوجر لم يقبل تفسيره بأقل من مائة ، لان أقل عدد يخفض بعده المميز مفرداً هومائة . ولوقال كذا دراهم قال الشيخ لم يقبل تفسيره بأقل من ثلاثة ، لانها أقل عدد يضاف الى الجمع .

(الثانية) لوقال كذا كذا درهماً بالنصب لم يقبل أقل من أحد عشر ، لانه اقل مركب يفسر بمفرد.

(الثالثة) لوقال كذا وكذا درهماً لم يقبل أقل من أحد وعشرين، لانه أقل. عدد يعطف فيه العدد على العدد .

وعلى قول المصنف وابن ادريس يرجع الى تفسيره في الكل ـ أعني المفرد والمركب والمعطوف ـ والتكرار للتأكيد لاللتحديد[4] ، كأنه قال شيء شيء أوشيء وشيء ثم فسرهما بما أراد ، كما لوقال له عندي مال أوشيء أومال

---

١) المبسوط ١٣/٣ .

٢) السرائر : ٢٨١ .

٣) المبسوط ١٢/٣ .

٤) في نسخة : لاللتعديد .

وقال الشيخ: لو قال. كذا كذا درهماً لم يقبل تفسيره بأقل من أحدعشر. ولو قال كذاو كذا لم يقبل أقل من أحدوعشرين. والاقرب الرجوع في تفسيره الى المقرولا يقبل أقل من درهم. ولو أقربشيء مؤجلا فأنكر الغريم الاجل لزمه حالا، وعلى الغريم اليمين.

مال أوشيء شيء، لكن لايقبل أقل من درهم لتصريحه في تفسير المبهم به، فلو فسره بأقل كان رجوعاً فلايقبل.

وأما العلامة فقال في المختلف[1]: التحقيق أن القائل ان كان من أهل اللسان ألزم بما قاله الشيخ والارجع الى تفسيره كما قاله ابن ادريس.

وفي القواعد[2] يظهرمنه اختيار ما قاله ابن ادريس، وفرع عليه أنه لوقال كذا درهم بالجر ألزم جزء درهم ورجع في تفسير الجزء اليه، لان ذلك أمرمحتمل والاصل براءة الذمة من الزائد. ولوقال كذا كذا درهم بالجر أيضاً احتمل أنه أضاف جزء الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم كنصف تسع درهم، وكذا لوزاد التكرار نحو كذا كذا كذا فمازاد، كما لوقال ثلث نصف تسع درهم. أما لورفع أونصب في المواضع الثلاثة فلا يقبل أقل من درهم كما قال المصنف، والاختيار والفتوى على قول المختلف.

قوله: ولواقربشيء مؤجلا فأنكر الغريم الاجل لزمه حالا وعلى الغريم اليمين

هذا هوأحد قولي الشيخ في النهاية لاصالة عدم التأجيل، فيكون القول قول المقرله. وقال في موضع آخر لزمه مؤجلا، لجوازأنه لزمه كذلك، فلولم نسمع

---

١) المختلف، الجزء الثاني: ٥٤.

٢) القواعد، الفصل الثاني من المقصد الثالث في الاقرار.

والللواحق ثلاثة :

(الاول): في الاستثناء، ومن شروطه الاتصال العادي.

منه لجاز أن لايقر ، فيكون ممنوعاً من ابراد منه .

قوله : ومن شرطه الاتصال العادى

اذا أتبع الاقرار بما ينافي ظاهره، فمن ذلك ماهو مقبول شرعاً وهو الاستثناء خاصة اجماعاً دون باقي المخصصات لورود الاستثناء في الكتاب ، قال تعالى « فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاماً »[1] . وفي السنة وهو كثير لكن مشروط فيه الاتصال .

وليس المراد به اتصال المستثنى بالمستثنى منه لفظاً بحيث لايتخللهما زمان أصلا، لجواز الفصل بينهما بالتنفس والسعال ورد السلام ونحوها من الضرورات طبعاً وشرعاً بالاجماع. ولا انفصال مطلقاً بحيث يتأخر زمان بينهما لالامر ضروري لان الاستثناء اخراج حكم من حكم آخر .

ولابد أن يكون المخرج في نية المتكلم حال التلفظ بالحكم الاول ، اذ لولم يكن في نيته لزم التناقض ، فلابد من الدلالة على باقي النية ، وهو استثناء بأحد أدواته المذكورة في اللغة .

ولابد من ارتباط بين الدليل والمدلول ليعلم اختصاص أحدهما بالاخر ، وهوهنا الاتصال اللفظي . ولاضابط له سوى العادة فلذلك قال المصنف : ومن شرطه الاتصال العادي، فيجب أن يكون كذلك والا لم يقبل، كما لو سكت زماناً خارجاً عن العادة ثم استثنى ، فان ذلك غير جائز لغة ولامقبول شرعاً .

---

١) سورة العنكبوت : ١٤ .

ولايشترط الجنسى .

ولانقصان المستثنى عن المستثنى منه .

قوله : ولايشترط الجنسى

أي ليس من شرط الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه . وذلك اجماع من النحاة وأهل اللغة .

واختلف فيه الاصوليون والفقهاء ، فشرطه بعض ومنع اشتراطهآخرون . واختاره المصنف، لوروده في الكتاب، كقوله «لايسمعون فيها لغواً الاسلاماً»[1] و« مالهم به من علم الااتباع الظن»[2] .

فلوقال « له عندي عشرة دراهم الاثوباً » قبل منه واستفسرمنه قيمة الثوب وسمع ما يقربه ، الاأن يكون مستغرقاً للعشرة . وتمام البحث فى الاصول .

قوله : ولانقصان المستثنى عن المستثنى منه

اتفق الكل على قبول نقصان المستثنى عن الباقيبعد الاستثناء ، كما لوقال «له عندي عشرة الاثلاثة» ، واختلف في الاكثر والمساوي، كما لوقال «عشرة الاسبعة أوعشرة الاخمسة »، فمنع اكثرالنحاة وجماعة من الاصوليين وجوزه آخرون . وهوالحق عندالفقهاء ، فجوزوا سائر أقسامه الاالمستغرق فانه باطل ويلزم المقرعندهم بالحكم الاول .

فلوقال « له عشرة الاعشرة » بطل الاستثناء ولزمه العشرة ، ولوقال « له عشرة الاثلاثة » لزمه سبعة ، ولوقال « عشرة الاخمسة » لزمه خمسة ، ولوقال « عشرة الاسبعة » لزمه ثلاثة . وكذلك قالوا اذا قال « له عندي عشرة الاتسعة الاثمانية الاسبعة الاستة الاخمسة الأربعة الاثلاثة الااثنين الاواحداً » جازولزمه خمسة ، وذلك مبني على مقدمات :

---

١) سورة مريم : ٦٢ .

٢) سورة النساء : ١٥٧ .

فلو قال : لـه على عشرة الاستة لزمه أربعة . ولو قال : ينتقص ستة لم تقبل منه . ولو قال : له عشرة الاخمسة الاثلاثة لزمه ثمانية. ولو قال : لهعشرة الا ثلاثة الا ثلاثة كان الاقرار بالاربعة .

(الاولى) ان الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات .

(الثانية) انه اذا تكرر الاستثناء ولم يكن بحرف العطف أومنع مانع من عوده الى الاول رجع كل واحد من المكررات الى ماتقدم عليه، أما مع العطف أوامكان العود الى الاول فانه يرجع الى الاول .

(الثالثة) ان الاستثناء الاول من هذه الجمل نفي وما بعده اثبات والثالث نفي والرابع اثبات والخامس نفي والسادس اثبات والسابع نفي والثامن اثبات والتاسع نفي ، وذلك ظاهر .

فاذا تقررت هذه المقدمات فاجمع الجمل المثبتة وهي خمسة تكن ثلاثين ثم اجمع الجمل المنفية وهي خمسة أيضاً تكن خمسة وعشرين فأسقطها من الثلاثين فتبقى خمسة وهي المقربه .

قوله : ولوقال تنقص ثلاثة لم يقبل ١)

لانه ليس استثناء لغة ولاعرفاً .

قوله : ولوقال له عشرة الاخمسة الاثلاثة لزمه ثمانية

لان الخمسة منفية والثلاثة مثبتة منهـا فيضم الى الخمسة الباقية من الاصل تصير ثمانية . ولوأتى بواو العطف لزمه اثنان .

قوله : ولوقال عشرة الاثلاثة الاثلاثة كان اقراراً بالاربعة

---

١) فى متن الشرح الكبير: ولوينقصه ستة لم يقبل . وفى المختصر النافع ط مصر : ولوقال ينتقص ستة لم تقبل منه .

ولو قال : درهم ودرهم الادرهمان لزمه درهمان .

لان الثلاثة الاخيرة لايجوز عودها الى الاولى لاستغراقها فيعود الى الباقي بعد الثلاثة الاولى وهي سبعة ، فينفى منها فيبقى أربعة بعد الاستثنائين .

قوله: ولوقال درهم ودرهم الادرهماً لزمه درهمان

من قواعد الاستثناء أنه اذا وقعت الجمل المتعددة هل يرجع الى الجميع على سبيل الاشتراك أويرجع الى احداها: أما الاولى على قول شاذللاصوليين أوالاخيرة كما هوالحق . وتحقيق ذلك في الاصول .

فبناء على الاول ـ وهو الرجوع اليهما معاً ـ قال الشيخ وابن ادريس[1] يلزمه في هذه المسألة درهم، استدلالابأن حرف العطف ـ وهوالواو ـ تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة، فلم يبق فرق بين قوله « علي درهمان الادرهماً » وبين قوله « له درهم ودرهم الادرهماً »، ويلزمه في الاولى درهم فكذا في الثانية .

ولماكان الحق الرجوع الىالاخيرة قال المصنف ان الاستثناء باطل لكونه مستغرقاً للجملة العائد اليها فيؤخذالمقربأصل الكلام وهودرهمان . وهواختيار العلامة فيالقواعد[2] ، لكنه علله لاباعتبار عوده الى الاخيرة، بل فان الاستثناء باطل من أصله ، لان المقرنص على ثبوت كل واحد من الدرهمين فلم يمكنه نفيه ، كما لوقال : جاء زيد وعمرو وخالد الاعمراً .

---

١) الخلاف ٢/١٥٣ ، السرائر : ٢٨١ .

٢) القواعد، القاعدة الخامسة من المطلب الاول من الفصل الثالث من كتاب الاقرار.

ولوقال : له عشرة الاثوباً سقط من العشرة قيمة الثوب ويرجع اليه تفسير القيمة ما لم يستغرق العشرة .

(الثانى) : فى تعقيب الاقرار بما ينافيه . فلو قال هذا لفلان بل لفلان فهو للاول ويغرم القيمة للثانى. ولو قال : له على مال من ثمن خمر لزمه المال . ولو قال ابتعت بخيار وأنكر البائع الخيار قبل اقراره فى البيع دون الخيار . وكذا لوقال من ثمن مبيع لم أقبضه

(الثالث): الاقرار بالنسب. ويشترط فى الاقرار بالولد الصغير امكان البنوة وجهالة نسب الصغير وعدم المنازع ولايشترط التصديق لعدم الاهلية. ولو بلغ فأنكر لم يقبل. ولا بد فى التكبير من التصديق وكذا فى غيره من الانساب . واذا تصادقا توارثا بينهما : ولايتعدى

قوله : وكذا لوقال من ثمن مبيع لم اقبضه

يعني اذا قال له عندي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه حكم عليه بألف ولايقبل قوله من ثمن مبيع لم أقبضه الابااليمين ان ادعى المقرله القبض ، وذلك لانه يتضمن انكار ما أقر به أولا .

وللشيخ هنا تفصيل[1]، تقريره: انه ان وقف على قوله « له عندي ألف من ثمن مبيع » ثم ابتدأ بقوله «لم اقبضه» قبل منه، واذا قطع عند قوله «عندي ألف» ثم ابتدأ بقوله « من ثمن مبيع لم اقبضه » لم يقبل منه . والمصنف استضعف هذا الفرق فلذلك طرد الحكم ولم يفصل، لانه في الصورتين منكر للقبض، فان لم تكن له بينة يحلف ولايبقى فرق بينهما .

---

١) الخلاف ٢/١٥٨ .

المتصادقين: ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل اقراره بالنسب ولو تصادقا . فاذا أقر الوارث بآخر وكان أولى منه دفع اليه ما فى يده وان كان مشاركاً دفع اليه بنسبة نصيبه من الاصل . ولو أقر باثنتين فتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما : ولو أقر بأولى منه ثم بمن هو أولى من المقر له فان صدقه الاول دفع الى الثانى وان كذبه ضمن المقر مـا كان نصيبه : ولو أقــر بمساو له فشاركه ثم أقر بمن هو أولى منهما فان صدقه المساوى دفعا اليه ما معهما ، وان أنكر غرم للثانى ما كان فى يده . ولو أقر للميتة بزوج دفع اليه مما فى يده بنسبة نصيبه . ولو أقر بآخر لم يقبل الا أن يكذب نفسه فيغرم له ان أنكر الاول . وكذا الحكم فى الزوجات اذا أقر بخامسة .

قوله : وكذا الحكم فى الزوجات اذا أقر بخامسة

انما لم يقبل اقراره بالخامسة لان الفرض انه أقر بزوجة حقيقية بالنكاح الدائم باقية على النكاح الى أن مات الزوج، وذلك محال في الخامسة، فلذلك لم يقبل لكن لا يغرم بمجرد اقراره، بل يوقف الغرم على انكاره احدى المقدمات للنص عليه . وهكذا نقول في اقراره بزوج ثان للميت[1] .

ومن قواعد الفقه ان الاقرار الثاني اذا نافى الاول لا ينفذ لكن يغرم المقر بمجرد اقراره ، الا في الزوجة والميراث للنص عليه، أما لو أقر بزوجة وارثة في موضع يمكن ذلك كالمريض يطلق في المرض ويتزوج بأخرى ويدخل بها ثم يتزوج أخرى ويدخل وهكذا، فانه يمكن أن يكون اكثر من أربع وارثات على الشرائط المذكورة في محله فانه يقبل اجماعاً .

١) صفة للانسان الذى فارقت عنه الروح ، ويستوى فيه المذكر والمؤنث .

ولو أقر اثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث . ولو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب ودفعا اليه مما فى أيديهما بنسبة نصيبه من التركة .

قوله : ولواقراثنان عادلان من الورثة صح النسب وقاسم الوارث ، ولولم يكونا مرضيين لم يثبتالنسب ودفعا اليه مما فىأيديهمابنسبة نصيبه من التركة

هذه المسألة تتمشى على قولنا وقول الشافعي كما لو أقراخوان من جملة الاخوة بأخ آخرفانهماوارثان مع وجود اقرارهما ،فمع عدالتهما يثبت نسبه وميراثه، ومع عدم عدالتهما يثبت ميراثه مما في أيدي المقرين خاصة .

أما اذا لم يكونا وارثين مع وجود اقرارهماكما لو أقراخوان هما الورثة بابن، فان عندنا ان كانا مرضيين ثبت نسبه وميراثه وان لميكونا مرضيين لميثبت نسبه لكن يثبت ميراثه ، فيدفعاناليه مافي ايديهما .

وقال الشافعي فيالاول انه أيضاً كذلك ، أعني يثبت النسب دون الميراث، والالزم الدور.

ومبنى الخلاف أنه يشترط فيالمقرعندناأن يكون وارثاًظاهراً لولا الاقرار فاذا انتفى ميراثه باقراره لم يبطل اقراره بل يحكم عليهبه وينتفي ميراثه ويثبت ميراث المقرله، لانه لولا الاقرارلكانا وارثين ظاهراً . وأماالشافعي فقال فيشترط في نفوذ الاقرار أن يكون المقروارثاً مع وجود الاقرار ، فهنا يثبت النسب ولا يثبت الميراث ، لانه لوورث منع الاخوين واذا منعهما لم يكونا وارثين ، فلم يصح اقرارهما فلايصح نسبه فلايكون وارثاً ، فيلزم منتوريثه عدم توريثه ، وكل ما يلزم من اثباته نفيه فهو محال ، ويسمى دوراً مجازاً .

لايقال : ثبوت النسب من حيث الشهادة لا من حيث الاقرار .

أجابوا : بأن الاخبار عن حق ان كان لازماً للمخبر فهو اقرار وان كان لازماً لغيره فهو شهادة . وهنا اخبارهما لازم لهما فيكون اقراراً .

وفيه نظر ، لمنع الحصر ، لان هنا قسماً ثالثاً ، وهو أن يكون لازماً للمخبر وغيره فيكون شهادة في حق غيره اقراراً في حقه .

كتاب الايمان

والنظر فى أمور ثلاثة :

قوله : والنظرفى امورثلاثة

هنا فوائد :

(الاولى) الايمان جمع يمين[1]، وهو يقال لغة على الجارحة وعلى القدرة، ومعناها القوة[2]. وهل تصدق على القسمين بالاشتراك أوبالحقيقة على الجارحة وبالمجازعلى الاخرين والاولى الثاني[3].

وعرفاً وشرعاً هو الحف بالله أوبأسمائه الخاصة لتحقيق مايمكن فيه الخلاف وقيل الزام مايمكن فيه الخلاف بذكر الله أوأسمائه .

١) اليمين : الجارحة والجهة والحلف ، وهى انثى تجمع على ايمن وايمان . سمى الحلف يميناً لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمى الحلف يميناً مجازاً .

٢) فى نضد القواعد ٣١٣ : واما القوة فلان فيه تقوية الكلام وتوثيقه .

٣) فى المسالك : اليمين والحلف والايلاء والقسم ألفاظ مترادفة .

والمراد بامكان الخلاف الامكان العقلي ، فلوحلف على ايجاد الممتنع أوالواجب لم ينعقد. وقال ابن ادريس الامكان الشرعي .

ويتفرع عليه الحلف علىفعل الواجب وترك الحرام، فعلى ما قلناه يتحقق اليمين عليهما لامكان مخالفتهما نظراً الى القدرة ، وعلى ماقاله ابن ادريس لا يتحقق لاستحالة امكان الخلاف فيهما شرعاً .

وعند الجمهور اليمين قسمان: أحدهما ما قلناه، والاخر هوالتزام مايمكن فيهالخلاف بتعليق محذور عنده يلزم تعليقه شرعاً على ضد مراده بأحد حروف الشرط، كقوله « ان فعلت كذا أوان لم افعل فزوجتي طالق أوعبدي حر ».

والفرق بين هذه اليمين وبين الشرط ان المقصود في الشرط نفس التعليق لاغيروليس الجزاء محذوراً عنده ولاوقوع الشرط خلاف مطلوبه، بخلافهذه اليمين فان الجزاء محذور عنده والشرط ضد مراده. وهذه غير صحيحة عندنا.

(الثانية) اليمين على أقسام :

الاول : المنعقد، وهي الحلف على المستقبل فعلا أوتركاً مع القصد اليه وهي المقصودة هنا .

الثاني : يمين اللغو . ولها تفسيران : أحدهما الحلف لا مع القصد على ماض أوآت ، وثانيهما أن سبق اللسان الى اليمين من غير قصد انها يمين . وكلا هما غير مؤاخذ به للاية[1] .

الثالث: الحلف على الماضي أوالحال مع تعمد الكذب، ويسمى«غموساً» لانها تغمس الحالف في الاثم أوالنار. وفي بعض الروايات انها من الكبائر ، وفي بعضها انها تذر الديار بلاقع[2]. ولا كفارة فيها لقوله تعالى « بما عقدتم

١) وهي الاية : ٢٢٥ من سورة البقرة.

٢) البلاقع جمع بلقع ، مكان بلقع : خال ، والارض القفرالتى لاشيء بها . ومعنى

(الاول) : ما به ينعقد ، ولا ينعقد الا بالله وبأسمائه الخاصة . وما ينصرف اطلاقه اليه كالخالق والبارى دون ما لاينصرف اطلاقه اليه كالموجود .

الايمان »[1] والعقد لايتصور الامع امكان الحل ولاحل في الماضى ولعدم ذكرها في الحديث .

(الثالثة) اليمين على الماضي أو الحال مع الصدق ليست غموساً لعدم الكذب. نعم الاكثار منها مكروه، لقوله « ولاتطع كل حلاف مهين »[2] وقوله « ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »[3] وأما اليمين في مقابلة الدعوى فان كذبت فهي غموس والا فلا .

قولـه : ولاينعقد الا بالله وبأسمائه الخاصة وما ينصرف اطلاقه اليـه كالخالق والبارى دون ما لاينصرف اطلاقه كالموجود

أجمع أصحابنا على أنه لاحكم لليمين الاأن يكون بالله سبحانه، لوجوه :

الاول: ان القسم يستلزم تعظيماً لذلك الشيء المقسم به، ولمالم يكن مستحق للتعظيم المطلق وبالذات سوى الله لم يجز القسم الا به .

الثاني: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من كان حالفاً فليحلف بالله أوليذر[4]

الثالث : قول الباقر عليه السلام في رواية ابن مسلم : ان الله يقسم من خلقه بما شاء وليس لخلقه أن يقسموا الا به[5] .

الحديث الشريف : اى يفتقر الحالف ويذهب ما فى بيته من الخير والمال سوى ما ذخرله فى الاخرة من الاثم .

١) سورة المائدة : ٨٩ .

٢) سورة القلم : ١٠ .

٣) سورة البقرة: ٢٢٤.

٤) سنن الترمذى ٤/١١٠ وفيه : ليحلف حالف بالله اوليسكت .

٥) الكافى ٧/٤٤٩ ، التهذيب ٨/٢٧٧ .

ولاينعقد لوقال: أقسم أواحلف حتى يقول بالله.

اذا تقرر هذا، فاللفظ الوارد في القسم اما أن يكون دالاعلى الذات الشريفة من غير اعتبار شيء أو يدل عليها مع اعتبار شيء، وهذا اما أن يكون ذلك الاعتبار مختصأبه تعالى أويمكن فيه المشاركة. وهذا اما أنينصرف اطلاقه اليه أولا . فهنا أقسام أربعة :

الاول: مايدل على الذات من غيراعتبار شيء ، كقولنا«والواجب وجوده» « والذي نفسي بيده » « ومقلب القلوب والابصار » « والذي فلق الحبة وبرأ النسمة » « والاول الذي ليس قبله شيء » .

الثاني : ما يدل على الذات مع اعتبارات خاصة به ، كقولنا « والله » فانه اسم للذات الموصوفة بجميع الكمالات، والرحمن والقادرلذاته والعالم لذاته وأمثال ذلك .

الثالث : مايدل على الذات مع اعتبار يمكن فيه المشاركة لكنه بالاطلاق ينصرف اليه كقولنا : والرب والخالق والباري والرازق والمحيي والمميت .

الرابع: مايدل على الذاتمع اعتباريمكن فيهالمشاركة ولاينصرف اطلاقه اليه ، كقولنا : والموجود والسميع والبصير والحي .

فالاقسام الثلاثة الاول يقع بها اليمين ، وأما الرابع فلا ، لانه لاشتراكه لم يكن له حرمة فلم يقع به القسم .

قوله : ولاينعقد لوقال أقسم اواحلف حتى يقول بالله

لابد من تفسيراليمين بفعلالقسم أوصرفه اماظاهراًأومقدراً، فالاول كقولك « أقسم أو احلف بالله » والثاني كقولك «والله » والثالث كقولك «الله » بالكسر مع النية .

ولو قال لعمر الله كان يميناً ، ولا كذا لو قال : وحق الله .

قوله : ولوقال لعمرالله كان يميناً ولاكذا لوقال وحق الله

هنا مسألتان :

(الاولى) لوقال « لعمر الله كان يميناً » لورود القسم بالعمر في الكتاب، قال تعالى « لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون »[١] ولورود ذلك في رواية ابن ابى عمير عن الصادق عليه السلام[٢]. والعمر والعمر واحد ، وخص القسم بالمفتوح ايثاراً للاخف لكثرة دوران الحلف على ألسنتهم، ولذلك حذفوا الخبر،أي قسمي كما حذف الفعل في بالله وتالله . والمراد هنا بالعمر الدوام والبقاء، أي بدوام الله ، وهو مرفوع بالابتداء .

(الثانية) لوقال « وحق الله » هل ينعقد يميناً أم لا ؟ قال الشيخ[٣] لاينعقد ، واختاره ابن ادريس[٣] والمصنف والعلامة[٣]، لان حقوق الله فروضه وعباداته، لما رواه عبادة بن الصامت قال : قلت يارسول الله ما حق الله على العباد ؟ فقال صلى الله عليه وآله وسلم : ان لاتشركوا به شيئاً وتعبدوه وتقيموا الصلاة وتؤتوا الزكاة[٤] . فيكون قد حلف بحقه لابه .

وقال في المبسوط[٥] ينعقد ، لانه في العرف كذلك ، ولان حقه صفة عامة

---

١) سورة الحجر : ٧٢ .

٢) الفقيه ٣/ ٢٣٠ ، التهذيب ٨/ ٢٧٨ ، الكافى ٧/ ٤٤٩ .

٣) الخلاف ٣/ ٢٧٩، السرائر: ٣٥٢ ، القواعد : الفصل الأول من المقصد الاول من كتاب الايمان .

٤) عن مجمع الزوائد ١/ ٥٠ .

٥) المبسوط ٦/ ١٩٧ .

ولا ينعقد الحلف بالطلاق والعتاق والظهار ولا بالحرم ولا بالكعبة ولا بالمصحف. وينعقد لو قال: حلفت برب المصحف. ولو قال: هو يهودى او نصرانى او حلف بالبراءة من الله او رسوله او الائمة لم يكن يميناً، والاستثناء بالمشيئة فى اليمين يمنعها الانعقاد اذا اتصل بما جرت العادة.

فاذا أضيف اليه تعالى اختص به ، لان الاضافة تفيد الاختصاص ، فكانت يميناً كسائر صفات ذاته من العزة والقدرة والعظمة .

والحق ما اختار العلامة في المختلف ، وهو أنه ان قصد الحالف الحلف بالله كانت يميناً ، لان الحق يراد به الثابت ، لانه نقيض الباطل ، فكأنه قد حلف بثبوت الله ، أي وجوده الذي هو نفس ذاته ، وان لم يقصد ذلك لم يكن يميناً لما تقدم .

قوله : ولابالحرم ولابالكعبة ولابالمصحف

قال ابن الجنيد: لابأس بالحلف لحقوق عظمها الله، نحو «وحق رسول الله»، «وحق القرآن»، فان أراد بذلك مايوجب الكفارة لمخالفته فهو باطل لما تقدم، وان أراد غير ذلك فالظاهر جواز ذلك لكن على كراهة شديدة .

قوله: والاستثناء بالمشية فى اليمين يمنعها الانعقاد اذا اتصل بماجرت العادة

الاستثناء بالمشية هو أن يتبع يمينه بقوله «انشاء الله» ، وذلك يوقف اليمين عن انعقادها اجماعاً ، لكن اذا اتصل الاستثناء باليمين اتصالا عرفياً كما تقدم في الاستثناء بالاوأخواتها في الاقرار . وهنا فوائد :

(الاولى) المشهور اشتراط النطق بالاستثناء، فلو نواه ولم ينطق به انعقد[1].

---

١) كذا فى النسختين . واما الشيخ قال فى المبسوط ٦/٢٠٠ : . . . فانما يصح قولا ونطقاً ولا تصح اعتقاداً ونية .

ولو تراخى عن ذلك عن غير عذر ازمت اليمين وسقط الاستثناء الى أربعين يوماً وهى متروكة .

قاله الشيخ في المبسوط وتبعه ابن ادريس[1] ، لاصالة العقد وعدم تأثير النية .

وقال الشيخ في النهاية[2] تكفي النية اذا حلف سراً . وقال العلامة في المختلف[3] تكفي النية مطلقاً، وقواه الشهيد ، وليس بالبعيد . نعم يشترط النية عند التلفظ باليمين .

(الثانية) المشهور أنه لافرق بين متعلقات اليمين كلها في ذلك، وقال العلامة[4] ان كان المحلوف عليه مما يعلم مشية الله اياه كالواجب والندب فلايدخله استثناء وانما دخوله فيما لم يعلم مشية الله اياه كالمباح .

(الثالثة) هل يدخل الاستثناء في الطلاق والعتق والنذر والاقرار أم لا ؟ للشيخ[5] فيه قولان : احدهما لايدخل ويلغو الاستثناء لاصالة العقد، وثانيهما نعم ويبطل مادخله كاليمين .

وقال ابن ادريس لايدخل الافي اليمين. وهوالحق ، خصوصاً في الاقرار أما مع قصد التبرك فلاكلام فى عدم البطلان .

قوله : وفيه رواية بالجواز الى اربعين يوماً وهى متروكة

يريد انه لايجوز تأخير الاستثناء عن اليمين اختياراً لما تقدم ، وأيضاً انه

---

١) السرائر : ٣٥٢ .

٢) النهاية: ٥٥٦، قال فيه: واذا حلف علانية فليستثن علانية واذا حلف سراً فليستثن مثل ذلك .

٣) المختلف ، الجزء الخامس ١٠٣ .

٤) القواعد ، الفصل الاول من المقصد الاول من كتاب الايمان .

٥) راجع المبسوط ٦٦/٥ .

(الثانى) : الحالف . ويعتبر فيه البلوغ والتكليف والاختيار والقصد ، فلو حلف عن غير نية كانت لغواً ، ولو كان اللفظ صريحاً.

صلى الله عليه وآله قال: من حلف على شيء ورأى غيره خيراً منه فليأت الذي هو خير[1]. وزاد الجمهور وليكفر عن يمينه . فلو جاز تأخير الاستثناء لارشدنا اليه لتنحل اليمين به لان ذلك من النصيحة .

وأما الرواية المشار اليها فرواها ابن بابويه صحيحاً عن عبدالله بن ميمون عن الصادق عليه السلام قال : للعبد أن يستثني ما بينه وبين أربعين يوماً اذا نسي ، ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أتاه ناس من اليهود فسألوه عن اشياء فقال لهم : تعالوا غداً أحدثكم ولم يستثن فاحتبس جبرئيل عليه السلام عنه أربعين يوماً ثم أتاه وقال: ولاتقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا أن يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت[2] .

قال المصنف انها متروكة. وفي الشرائع[3] مهجورة، أي انه لم يقل بمضمونها أحد من الفقهاء في الاسلام مع ضعف طريقها. وأما العلامة في المختلف فقال انها غير متروكة مطلقاً بل محمولة على اضمار الاستثناء ونسيان التلفظ به ، لما تقدم من جواز الاستثناء بالنية، وحينئذ لاوجه للتقييد بالاربعين بل يجوز اكثر من ذلك وأقل ، لكن التخصيص انما حصل للسبب المذكور . والنسيان في الاية الترك لا المراد السهو لعدم جوازه عليه صلى الله عليه وآله وسلم .

---

١) سنن ابن ماجة ٦٨٢/١، وفيه: من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليتر كها فان تركها كفارتها .

٢) سورة الكهف : ٢٤ . والحديث في الفقيه ٢٢٩/٣ ، التهذيب ٢٨١/٨ ، وقد ذكر صدره .

٣) الشرائع ٢٣٥/٢ .

ولا يمين للسكران ولا المكره ولا الغضبان الآن يكون لاحدهم قصد الى اليمين. وتصح اليمين من الكافر، وفى الخلاف لايصح .

ولا ينعقد يمين الولد مع الوالد الا باذنه ، ولو بادر كان للوالد حلها ان لم تكن فى واجب او ترك محرم . وكذا الزوجة مع زوجها والمملوك مع مولاه .

قوله : وتصح اليمين من الكافر ، وفى الخلاف لاتصح

الاول قول الشيخ في المبسوط[1] والقاضي ، والثاني قوله في الخلاف[1] لان اليمين انما تصح بالله ممن هو عارف به والكافر غير عارف به فلا تصح يمينه .

والحق ما فصله العلامة في المختلف[2] بأن كفره ان كان بجحد الربوبية أو بالتشبيه بغيره فلا ينعقد يمينه لعدم عرفانه به، وان كان يجحد نبياً أو فريضة معلومة من دينه صحت يمينه. وتظهر الفائدة أنه مع الانعقاد والحنث يعاقب في الاخرة ولا يصح تكفيره ، أما قبل الاسلام فلان الاسلام شرط في صحته ولم يحصل ، وأما بعده فلسقوطه عنه، لان الاسلام يجب ما قبله .

قوله : ولا ينعقد يمين الولد مع الوالد الا باذنه ، ولو بادر كان للوالد حلها

في هذه العباره تسامح، فان الحل انما يكون بعد العقد ،والمصنف حكم بأنها لاتنعقد فكيف يقول لو بادر كان للوالد حلها.

---

١) المبسوط ١٩٤/٦ ، الخلاف ٢٧٦/٣ .

٢) المختلف ، الجزء الخامس : ٩٨ .

(الثالث): فى متعلق اليمين. ولايمين الا مع العلم .

واعلم أن اذن الوالد هل هو شرط في صحة اليمين - بمعنى أنها بدونه تقع باطلة - أوشرط في انعقادها ولزومها - بمعنى أنها تقع صحيحة لكن لايلزم مضمونها الامع اجازة الوالد؟ في عبارات الفقهاء ما يدل على كل من القسمين. ووجه الاول قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايمين لولد مع والده[1]، والمراد نفي الصحة لا الماهية والوجود. ووجه الثاني عموم قوله « ولاتنقضوا الايمان بعد توكيدها »[2] وقوله « واحفظوا أيمانكم »[3] وغيرذلك من الايات .

وتظهر فائدة الخلاف في مسألتين :

(الاولى) أنه لوحلف الولد ولما يسبق اذن ثم حصل فيما بعد، فعلى الاول لابد من اعادة اليمين ليلزم مقتضاها لعدم صحة الاولى، وعلى الثاني لاحاجة الى الاعادة وصارت لازمة بالاذن اللاحق .

(الثانية) لوحلف الولد ثم مات الوالد ولما يعلم أوعلم ولم تحصل منه اجازة ولامنع ، هل يلزم الولد متعلقها أم لا ؟ على الاول لاوعلى الثاني نعم ، لان الاذن انمايكون شرطاً مع وجود الاب لامع عدمه، بدليل صحتها ولزومها حين عدمه ابتداء .

واعلم أن الكلام في يمين الزوجة والعبد كذلك .

قوله : ولايمين الامع العلم

أما في التي في مقابلة الدعوى فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من حلف

---

١) التهذيب ٨/٢٨٥ ، الكافى ٧/٤٣٩ .

٢) سورة النحل : ٩١ .

٣) سورة المائدة: ٨٩.

ولايجب بالغموس كفارة. وتنعقد لو حلف على فعل واجب او مندوب او على ترك مجرم او مكروه.

بالله فليصدق[1]. ولاصدق الامع علم المطابقة. وأما المنعقد فلابد من العلم بما يحلف عليه ليلزم مقتضاه ويوقعه حسب ما حلف.

قوله : ولايجب بالغموس كفارة

تقدم بيان ذلك، ويريد هنا أنه انما لم تلزم الكفارة لعظم الذنب فلايرتفع

بالكفارة، ولقول الصادق عليه السلام : الايمان ثلاث : يمين ليس فيها كفارة ويمين فيها كفارة، ويمين غموس تعقب النار[2]. والتفصيل قاطع للشركة.

قوله: وتنعقد لوحلف على فعل واجب أومندوب أوعلى ترك محرم أومكروه ولاتنعقد لوحلف على ترك فعل واجب أومندوب أوفعل محرم أومكروه

تحقيق متعلق اليمين أنها تقتضي اما ترجيح ما ليس بمرجوح ولاراجح ديناً أودنيا او المنع من النقيض أو الامتناع عن النقيض، فالاول يتناول المباح والثاني المندوب والثالث الواجب، ويدخل ترك الحرام في الواجب وترك المكروه في المندوب، لان متعلق اليمين اما أن يكون أرجح من نقيضه شرعاً قبل اليمين أولا والثاني المباح، والاول اما أن يكون ذلك الترجيح الحاصل قبل اليمين مانعاً من النقيض أولا، فان كان الاول لم تقتض اليمين ترجيحه والالزم تحصيل الحاصل، وكذا لاتقتضي منعه من النقيض والالزم أيضاً تحصيل الحاصل بل تقتضي الزام المكلف الامتناع عن النقيض والكفارة مع المخالفة، وان كان الثاني اقتضت اليمين المنع من النقيض والامتناع منه.

---

١) سنن ابن ماجة ٦٧٩/١، الكافى ٤٣٨/٧، الفقيه ٢٢٩/٣.

٢) الكافى ٤٣٨/٧.

ولا ينعقد لوحلف على ترك فعل واجب أومندوب اوفعل محرم او مكروه . ولوحلف على مباح وكان الاولى مخالفته فى دينه او دنياه فليأت لما هوخيرله ولا اثم ولاكفارة .واذا تساوى فعل ما تعلقت به اليمين وتركه وجب العمل بمقتضى اليمين. ولو حلف لزوجته ألا يتزوج او يتسرى لم تنعقد يمينه . وكذا لو حلفت هى أن لاتتزوج بعده . وكذا لو حلفت أن لاتخرج معه .

قوله : ولوحلف على مباح وكان الاولى مخالفته في دينه أودنياه فليات لما هوخيرله ولااثم ولاكفارة

يشيرالى القسم الذي ليس براجح قبل اليمين ولامرجوح ، فانه مع تعلق اليمين بأحد طرفيه اما أن يبقى على صرافة الاباحة أولا ، فالاول لاكلام في لزوم العمل باليمين ، والثاني اما أن يترجح متعلق اليمين أونقيضه ، فالاول أيضاً لاكلام في لزوم العمل باليمين ، والثاني لايلزم مقتضى اليمين، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من حلف على شيء فرأى غيره خيراً منه فليأت الذي هوخير[1] .

قوله: ولوحلف لزوجته ان لايتزوج اولايتسرى لم تنعقد يمينه، وكذا لوحلفت هي ان لاتتزوج بعده،وكذا لوحلفت ان لاتخرج معه

هنا فوائد :

(الاولى) تقدم في باب النكاح أن الاصح أن النكاح مندوب اليه، وقد يخرج الى الواجب عند خوف العنت. فعلى هذا يكون اليمين على تركه اماترك مندوب أوترك واجب وكلاهما لاتصح اليمين فيه: أما على قول من يقول بجواز كون

---

١) قد مرفيما سبق

ولا تنعقد لو قال لغيره : والله لتفعلن. ولا يلزم أحدهما . وكذا لو حلف لغريمه على الاقامة بالبلد وخشي مع الاقامة الضرر ، وكذا لو حلف ليضرب عبده فالعفو أفضل ولا اثم ولا كفارة . ولو حلف على ممكن فتجدد العجز انحلت اليمين . ولو حلف على تخليص مؤمن اودفع أذية لم يأثم ولو كان كاذباً .

النكاح مباحاً غير راجح مطلقاً فقد يصح تعلق اليمين بتركه، ويجيء فيه التفصيل المذكور آنفاً .

فظهر بما قررناه ضعف قول الشيخ في الخلاف[1] اذا حلف أن لا يتسرى فمتى تسرى حنث، لما قررنا من استحباب النكاح مطلقاً. نعم يتوجه ذلك على قول من يجوز الاباحة .

(الثانية) الزواج يشمل الدائم والمنقطع بحرة كان أو بأمة. نعم لا يدخل تحته التحليل ، اذ الاصح أنه ملك يمين ، ويدخل على قول المرتضى أنه عقد متعة .

(الثالثة) اختلفت عبارات الفقهاء في التسري ما هو ، فقيل الوطيء والتخدير[2] معاً أنزل أولم ينزل، وقيل الوطيء خدر أولم يخدر أنزل أولم ينزل وقيل الوطيء مع الانزال خدر أو لم يخدر . ذكر هذه الاقوال الشيخ في المبسوط[3] واختار القول الاخير، وفي الخلاف[3] واختار الاول، وتبعه ابن ادريس[4]

---

١) الخلاف ٣٠٢/٣ .

٢) التخدير من الخدر وهو الستر، يقال: خدروها بالتشديد اى ستروها وصانوها عن الامتهان والخروج لقضاء الحوائج .

٣) المبسوط ٢٥١/٦ ، الخلاف ٣٠٢/٣ .

٤) السرائر : ٣٥٦ .

وان أحسن التورية ورى. ومن هذا لووهب له مالا وكتب له ابتياع وقبض ثمن فتنازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولا اثم، ويورى بما يخرجه عن الكذب. وكذا لوحلف أن مماليكه أحراراً وقصد التخلص من ظالم، لم يأثم ولم يتحرروا. ويكره الحلف على القليل وان كان صادقاً.

وكذا اختلف أهل اللغة في اشتقاقه، فقيل من السر وهو الجماع، وقيل الاخفاء لان الانسان كثيراً مايسرها ويسترها عن حرته، وقال الأخفش من السرور لانه يسربها، وقيل من السراة أي الخيار لانها مختارة[1].

قوله: وان احسن التورية ورى، ومن هذا لووهب مالا وكتب له ابتياع وقبض ثمن فتنازعه الوارث على تسليم الثمن حلف ولااثم ويورى ما يخرجه عن الكذب

قال الشيخ في النهاية[2] من وهب له أحد والديه شيئاً ثم مات الواهب فطالبه الورثة بذلك الشيء جاز له أن يحلف أنه كان اشتراه وأعطى ثمنه ولم يكن عليه كفارة ولا اثم. وتبعه القاضي في الكامل.

ونازعه ابن ادريس[3] في ذلك وقال: لايجوز له أن يحلف على أنه اشتراه، لانه لم يشتره فيكون كاذباً. وأيضاً ليس اليمين عليه حتى يحلف لهم، فانه مدعي واليمين على منكري الشراء. اللهم الا أن ترد اليمين عليه فيحلف على أنه ملكه

---

١) وقيل من السرى وهو الظهر. قاله في السرائر.

٢) النهاية: ٥٥٩.

٣) السرائر: ٣٥٣.

مسألتان :

(الاولى) : روى ابن عطية فيمن حلف ألا يشرب من لبن عنزة له ولا يأكل من لحمها : أنه يحرم عليه لبن اولادها ولحومهم لانهم منها . وفى الرواية ضعف . وقال فى النهاية : ان شرب لحاجة لم يكن عليه شيء، والتقييد حسن.

ان رضي به الوارث. والشيخ عول على رواية محمد بن الصباح[1].

والمصنف جمع بين قول ابن ادريس ومضمون الرواية ، بأن حكم بجواز حلفه مورياً ان أمكنته التورية ورضي الوارث بيمينه كما تضمنته الرواية، والافعليه البينة بما ادعاه، فان فقدها حكم برد الملك ميراثاً وللمدعي اليمين على الوارث بنفي العلم بما ادعاه ان ادعى عليه العلم والا فلا يمين عليه .

والتورية عند أهل البلاغة أن يكون للفظ معنيان قريب وبعيد فيطلق ويراد به البعيد ، كما يراد بالحاجة الشجرة وبالجمل السحاب وبالثور القطعة الكبيرة من الاقط وبالعنز الاكمة . ولا يجوز صدورها شرعاً من مبطل ، بل انما يستعملها المحق .

قوله: روى ابن عطية فيمن حلف الايشرب من لبن عنزة له ولايأكل من لحمها أنه يحرم عليه لبن اولادها ولحومهم لانهم منها ، وفى الرواية ضعف، وقال فى النهاية ان شرب لحاجة لم يكن عليه شيء. والتقييد حسن

هذه رواية عيسى بن عطية عن الباقر عليه السلام، رواها الشيخ في التهذيب[2] وأفتى بمضمونها في النهاية[3] وقيد الشرب بالحاجة لما تقدم أن من حلف على

---

١) التهذيب ٨/٢٨٧ ، الفقيه ٣/٢٢٨ .

٢) التهذيب ٨/٢٩٢ ، الكافي ٧/٤٦٠ .

٣) النهاية : ٥٦٠ .

(الثانية) : روى أبوبصير عن أبى عبدالله عليه‌السلام فى رجل اعجبته جارية عمته فخاف الاثم فحلف بالايمـان ألايمسها أبداً ، فورث الجارية أعليه جناح أن يطأها ؟ فقال: انما حلف على الحرام ولعل الله رحمه فورثه اياها لماعلم من عفته .

شيء فرأى غيره خيراً منـه فليأت الذي هو خير . لكن في العمل بهامع القيد المذكور نظر من وجهين :

« الاول » ضعف الراوي والطريق، فان عيسى المذكور مجهول،وفي طريق الرواية سهل بن الحسن ويعقوب بن اسحاق وهما مجهولان أيضاً ، وابو جعفر الارمني وقد ضعفه النجاشي وابن الغضائري .

« الثانى » أنه على تقديرصحتها في العمل بهااشكال ، فان اليمين لم يتناول الاولاد فكيف يحرم لحم أولادها ولبنها، لعدم دلالة اللفظ على ذلك بشيء من الدلالات .

قوله : روى ابوبصير عن ابى عبدالله عليه السلام في رجل أعجبته جارية عمته فخاف الاثم وخاف أن يصيبها حراماًفاعتق كل مملوك له وحلف بالايمان الا يمسها ابداً فماتت عمته فورث الجارية أعليه جناح ان يطأها ؟ فقال : انماحلف على الحرام ولعل الله رحمه فورثه اياها لما علم من عفته[1] ما دلت عليه الرواية صحيح وفقههاظاهر، لان اليمين انما تعلقت بشيء موصوف معين بصفةالتحريم، فهي مناط الحكم وقدزالت الصفة فلايتناولها اليمين، فهويجري مجرى من حلف ان لايشرب هذا الخمر فينقلب خلا فانه لايحنث بتناول ذلك الخل .

---

١) التهذيب ٣٠١/٨ .

كتاب النذور والعهود

والنظر في امور أربعة :

(الاول) : الناذر ، ويعتبر فيه التكليف والاسلام والقصد .

ويشترط في نذر المرأة اذن الزوج ، وكذا نذر المملوك ، فلو بادر أحدهما كان للزوج والمالك فسخه ما لم يكن فعل واجب او ترك محرم . ولا ينعقد في سكر يرفع القصد ولاغضب كذلك .

(الثاني): الصيغة . وهي انتكون شكراً كقوله: ان رزقت ولداً فلله علي كذا . او استدفاعاً ، كقوله : ان برىء المريض فلله علي كذا اوزجراً كقوله : ان فعلت كذا من المحرمات او ان لم أفعل كذا من الطاعات فلله علي كذا . او تبرعاً كقوله : لله علي كذا .

ولاريب فى انعقاده مع الشرط . وفى انعقاد التبرع قولان ، اشبههما الانعقاد .

قوله : ولاريب فى انعقاده مع الشرط ، وفى انعقاده[1] مع التبرع قولان اشبههما الانعقاد

قال المرتضى لا ينعقد المتبرع به ، لان العرب لاتعرف النذر الا معلقاً بالشرط ، لشهادة ابىعمرو غلام ثعلب أن النذر وعد بشرط والاصل عدم النقل وللاجماع .

وفيه نظر ، لان غيرابى عمرو نقل أنه وعد بشرط وبغير شرط ، وقد وجد في اشعارهم كما قال جميل بن معمر :

فليت رجالافيك قد نذروادمي وهموا بقتلى يابثين لقوني[2]

والاجماع غيرمعلوم. وقال الشيخ وابن ادريس بانعقاده، واختاره المصنف والعلامة[3] ، وعليه الفتوى لوجوه :

« الاول » عموم الكتاب واطلاقه من غيرتقييد كقوله « اني نذرت للرحمن صوماً »[4] وقوله « يوفون بالنذر »[5] وغير ذلك .

« الثاني » عموم قوله صلى اللهعليه وآله وسلم: من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلايعصه[6] وقول الصادق عليه السلام في رواية ابى الصباح

---

١) فى المختصرالنافع ط مصر: وفىانعقاد التبرع .

٢) البيت منقصيدة لجميل بن معمر العذرى صاحب بثينة احدعشاق العرب المشهودين وله ترجمة فى الاغاني والخزانة للبغدادي وغيرهما . وبثين ترخيم بثينة .

٣) الخلاف ٣٠٣/٣ ، السرائر : ٣٥٧ ، القواعد: المقصد الثانى منكتاب الايمان.

٤) سورة مريم : ٢٦ .

٥) سورة الدهر : ٧ .

٦) سنن ابن ماجة ٦٨٧/١ .

ويشترط النطق بلفظ الجلالة، فلو قال على كذا لم يلزم، ولو اعتقد انه ان كان كذا فلله عليه كذا ولم يتلفظ بالجلالة ، فقولان اشبههما أنه لا ينعقد، وان كان الاتيان به أفضل . وصيغة العهد ان يقول : عاهدت الله متى كان كذا فعلى كذا. وينعقد نطقاً .

عنه : ليس النذر بشيء حتى يسمى شيئاً لله صياماً أو صدقة أوحجاً أوهدياً[1] . وغير ذلك من الاخبار .

« الثالث » العرف دال على ذلك، فانهم يطلقون ذلك على المعلق وغيره، ولهذا يصح قسمته اليهما، ومورد التقسيم مشترك بين الاقسام .

قوله: ولواعتقد انه ان كان كذافلله عليه كذا ولم يتلفظ بالجلالة فقولان اشبههما انه لاينعقد وان كان الاتيان به افضل

قال الشيخان[2] لاحاجة الى اللفظ ، واختاره القاضي وابن حمزة ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء مانوى[3]. وانما للحصر والباء للسببية ، وذلك يدل على حصر السببية في النية .

وقال ابن ادريس والشيخ في موضع من المبسوط لابد من اللفظ . وهو الأشبه والمختار ، لدلالة استقرار الشرع على تعليق الاحكام بالالفاظ دون الاعتقادات المجردة . نعم لابد مع اللفظ من النية والقصد ، فلو تجرد عنهما بطل .

---

١) التهذيب ٣٠٣/٨ ، الكافي ٤٥٥/٧ .

٢) المقنعة: ٨٨، النهاية: ٥٦٢ قال فيه: وان قال ان كان كذا فعلى كذا ولم يقل لله لم يكن ذلك نذراً واجباً بل يكون مخيراً في الوفاء به وتركه والافضل له الوفاء به على كل حال .

٣) سنن ابن ماجة ١٤١٣/٢ .

وفى انعقاده اعتقاداً قولان اشبههما أنه لاينعقد. ويشترط فيه القصد كالنذر.

(الثالث) : في متعلق النذر . وضابطه ما كان طاعة لله مقدوراً للناذر ولاينعقد مع العجز ، ويسقط لو تجدد العجز . والسبب اذا كان طاعة لله وكان النذر شكراً لزم . ولو كان زجراً لم يلزم . وبالعكس لو كان السبب معصية . ولاينعقد لو قال : لله علي نذر واقتصر به . وينعقد لو قال : علي قربة ، ويبر بفعل قربة ، ولو صوم يوم او صلاة ركعتين . ولو نذر صوم حين صام ستة أشهر . ولو قال : زماناً ، صام خمسة أشهر . ولو نذر الصدقة بمال كثير كان ثمانين درهماً . ولو

قوله : وفى انعقاده اعتقاداً قولان اشبههما انه لاينعقد

الخلاف في العهد كالخلاف في النذر وقد تقدم .

قوله: والسبب اذا كان طاعة وكان النذر شكراً لزم، ولو كان زجراً لم يلزم ، وبالعكس لو كان السبب معصية

هنا مسائل أربع :

(الاولى) يكون السبب طاعة والجزاء شكراً على فعلها فينعقد كقوله « ان حججت هذه السنة فلله علي صوم أو صدقة » .

(الثانية) أن يكون السبب طاعة والجزاء زجراً عن فعلها فلا ينعقد كالمثال المذكور .

(الثالثة) أن يكون السبب معصية والجزاء شكراً على فعلها فلاينعقد كقوله: ان شربت الخمر فلله علي صوم شهر .

(الرابعة) يكون السبب معصية والجزاء زجراً عن فعلها، فينعقد كالمثال المذكور.

قوله : ولو نذر الصدقة بمال كثير كان ثمانين درهماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان المراد بالكثير في النذر هو ثمانون، وهو اجماع منا ، مستنده رواية ابى بكر الحضرمي عن الصادق عليه السلام[1] ، ورواية علي بن ابراهيم عن أبيه حكاية فتوى الهادي عليه السلام[2] في قضية المتوكل لمانذر الصدقة بمال كثير ان عوفي من مرضه فعوفي ،فقال له الفقهاء أقوالامختلفة، فأفتى الهادي عليه السلام بالثمانين وعلله بقوله تعالى «لقدنصركم الله في مواطن كثيرة»[3] فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين موطناً .

(الثانية) اختلف الاصحاب في جنس الثمانين ، فأطلق ابنا بابويه[4] ولم يقيدا بالدرهم لاطلاق الثمانين في فتوى الهادي عليه السلام، وقال الشيخان[5] يكون المنذور ثمانين درهماً لتقييده بذلك في رواية ابى بكر الحضرمي المذكورة . واختاره المصنف ، لما ثبت في الاصول من حمل المطلق على المقيد .

وقال ابن ادريس[6]: ان كان في عرف الناذر المعاملة بالدراهم كان الثمانون دراهم ، وان كان في عرفهم المعاملة بالدنانير كان دنانير . وهو تفصيل حسن ، لكن الاولى ان قصد الناذر أحد النوعين اتبع ، والا فان كانت المعاملة بأحدهما فكذلك ، وان كانت بهما أو لا بهما فالثمانون دراهم ، لما تقدم من النص عليه في الرواية .

---

١) التهذيب ٣١٧/٨ .

٢) الكافى ٤٦٣/٧، التهذيب ٣٠٩/٨، تحف العقول ٤١١ ط دار الكتب الاسلامية.

٣) سورة التوبة : ٢٦ .

٤) المقنع: ١٣٦، وقيد فيه بالدينار [الدرهم] حيث قال: فان الكثير ثمانون ديناراً [درهماً] .

٥) المقنع : ٨٨ ، النهاية : ٥٦٥ .

٦) السرائر : ٣٥٧ .

نذر عتق كل عبد قديم اعتق من كان له في ملكه ستة أشهر فصاعداً ، هذا اذا لم ينوشيئاً غيره . ومن نذر في سبيل الله صرفه في البر . ولو نذر الصدقة بما يملك لزم ، فان شق قومه وأخرج شيئاً فشيئاً حتى يوفي .

(الثالثة) هل الكثير في الاقرار والوصية ثمانون أم لا ؟ قال الشيخ نعم ، وتبعه الراوندي[1] ، لاستعماله كذلك في النذر والاستعمال دليل الحقيقة .

ومنعه ابن ادريس والمصنف والعلامة ، لوروده في الكتاب لغير ذلك العدد، كقوله تعالى «كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة»[2] وقوله تعالى «واذكروا الله كثيراً»[3] . وانما اختص النذر للنص عليه فيبقى في غيره على الاحتمال . والاستعمال أعم من الحقيقة والمجاز .

قوله: ولونذر الصدقة بمايملك لزم فان شقّ قومه واخرج شيئاً فشيئاً

ما يملك يشمل العين والدين والمنفعة، لصدق الملك على الجميع وكون ماللعموم .

وهنا فوائد :

(الاولى) المراد بالمشقة الضرر الحاصل للناذر وأمن يجري مجراه كولده وزوجته ومن تجب نفقته عليه .

(الثانية) اذا كان مايملكه قدر الضرورة كما قلنابطل النذر، ووجوب الصرف

---

١) فقه القرآن ٢/٣١٣ .

٢) سوره البقرة: ٢٢٩ .

٣) سورة الانفال : ٤٥ .

(الرابع) : اللواحق . وهي مسائل :

(الاولى): لو نذر يوماً معيناً فاتفق له السفر أفطر وقضاه، و كذا لومرض او حاضت المرأة او نفست . ولوشرط صومه سفراً وحضراً

فيها فالمنافي له حرام فلايصح نذره، وكذا يطل في قدر الضرورة لوزاد المال عنها .

(الثالثة) المراد بالضرورة مالايؤمل معها حصول عوض عن ذلك المال، ولايتقدربفوت اليوم والليلة بل أعم من ذلك ، فلو كان في فلاة سقط النذر في قدرما يحصل به الوصول الى المأمن ولوطال و كثرت النفقة .

(الرابعة) ما ذكرناه من بطلان النذر في قدر الضرورة وهو ظاهر كلام الشهيد، واما العلامة فظاهره وجوب تقديم الجميع وتدريج الصدقة. والعمل بالاول أجود والثاني أحوط .

(الخامسة) لوزاد المال عن قدر الضرورة هل تجب الصدقة بالزائد في الحال ويختص التقويم بقدر الضرورة؟ استشكله العلامة بناء على مذهبه من حيث تمكنه من فعل بعض المنذور وهو مقدور فيجب ، ومن عموم النص بالتقويم ثم الصدقة تدريجاً . واختار السعيد الاول والشهيد الثاني .

(السادسة) التقويم للزائد عن الضرورة على قول الشهيد رخصة لقيام المقتضي للمنع وهو وجوب الوفاه بالنذر، وعلى قول العلامة تقويم الضروري عزيمة والزائد رخصة .

(السابعة) لوتعيش بعين المال بعد التقويم فالربح له ولا تجب الصدقة به ، لاختصاص النذر بما يملكه حال النذر، ولاتجب الصدقة بمايملكه في المستقبل، لاصالة البراءة وعدم المقتضي .

صام وان اتفق في السفر. ولو اتفق يوم عيد أفطر، وفي القضاء تردد. ولو عجز عن صومه أصلاقيل: يسقط. وفي رواية يتصدق عنه بمد.
(الثانية): مالم يعين بوقت يلزم الذمة مطلقاً. وماقيد بوقت

قوله: ولواتفق يوم عيدافطر وفى القضاء تردد

ينشـأ من قول الشيخ[1] في النهاية والمبسوط وابن بابويه[1] وابن حمزة بوجوب القضاء، استناداً الى رواية علي بن مهزيار عن ابى الحسن عليه السلام: أنه يصوم يوماً بدل يوم انشاء الله[2]. ومن فتيا القاضي وابن ادريس[3] والمصنف في الشرائع[3] والعلامة بعدم الوجوب لماتبين من عدم صحة النذر لعدم قبول الزمان للصوم، لان مالايصح صومه لايصح نذره، وعليه الفتوى. والرواية مع صحتها محمولة على الاستحباب.

قوله: ولوعجز عن صومه اصلاقيل يسقط، وفي رواية يتصدق عنه بمد

القول للشيخ، وقال ابن ادريس ان كان العجز لكبر أومرض لايرجى زواله كذي العطاش الذي لايرجى برؤه فقول الشيخ صحيح، وان كان المرض يرجى برؤه فعليه الافطار والقضاء ولا اطعام. وقوله قوي.

وأما الروايةفعن الرضاعليه السلام بطريق محمدبن منصور عنه عليه السلام[4] والكليني مرفوعاً الى علي بن ادريس عنه عليه السلام[5] ايضاً، وهي على الندب

---

١) النهاية: ٥٦٥، قال فيه: وجب عليه ان يفطر ذلك اليوم ويقضيه وليس عليه كفارة. المبسوط ١/٢٨١، المقنع: ١٣٧.

٢) الكافى ٧/٤٥٦، التهذيب ٨/٣٠٥، الاستبصار ٤/١٠١.

٣) السرائر: ٣٥٧، الشرائع ٢/٢٤٠، القواعد: المطلب الثالث من الفصل الثانى من المقصد الثانى من كتاب الايمان.

٤) الفقيه ٣/٢٣٤، الكافى ٤/١٤٣.

٥) الكافى ٤/١٤٣.

يلزم فيه، ولو أخل لزمته الكفارة . وماعلقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان ، أحدهما يتضيق فعله عنـد الشرط ، والاخير لايتضيق ، وهو أشبه .

(الثالثة) : من نذر الصدقة في مكان معين او الصوم والصلاة في وقت معين لزم ، فان فعل ذلك في غيره أعاد .

(الرابعة) : لو نذر ان برأ مريضه او قدم مسافره فبان البرء والقدوم قبل النذر لم يلزم ، ولو كان بعده لزم .

(الخامسة) : من نذر ان رزق ولداً حج به اوحج عنه ثم مات حج به او عنه من اصل التركة .

لاصالة البراءة وعدم الاثم .

قوله : وما علقه بشرط ولم يقرنه بزمان فقولان احدهما يتضيق فعلة عند الشرط والاخر لايتضيق وهواشبه

الاول قول الشيخ واتباعه وجعله الشهيد احوط ، والثانى نقله بعض تلاميذ المصنف عنه. ولاشك انه أشبه بالاصل، لاصالة عدم التضيق. نعم يستحب التعجيل

قوله: من نذر الصدقة فى مكان معين أوالصوم او الصلاة فيه اوفى [1] وقت معين لزم ، ولوفعل ذلك فى غيره اعاد

قوله « اوفى وقت معين » عطف على مكان معين ، تقدير الكلام : لونذر الصدقة أوالصوم أوالصلاة في مكان معين أووقت لزم .

---

١) ليس « فيه او » فى المختصر النافع ط بمصر .

اذا عرفت هذا فاعلم : ان المصنف حكم بالاعادة اذا فعل المنذور في غير ذلك المكان والزمان ، وأطلق القول بذلك في الاقسام الثلاثة . وليس هو على اطلاقه بل البحث يتنقح بمسائل :

(الاولى) اذا نذر الصدقة في مكان معين تعين فعلها فيه ، سواء كان المكان ذامزية أولا ، لانه في الحقيقة نذر لاهل ذلك المكان فيتعين صرفه اليهم ، و كذا يتعين الزمان المعين وان خلا عن المزية . نعم لو كان المكان ذامزية أوأوقعها في الاعلى مزية أوالمساوي فاشكال من حصول الغرض في الامرين وزيادة في الاعلى فيبر ، ومن عدم اتيانه بالمنذور على وجهه . وهذا أجود .

(الثانية) لو نذر الصوم في مكان معين فان خلا عن المزية لم يتعين، لعدم التفاوت مع حصول الوفاء بالنذر أما لو كان ذامزية كأيام الحاجة بالمدينة لو نذرها تعينت هناك ، فلو فعل في غيرها أعاد لعدم اتيانه بالمنذور مع تعلق الغرض به .

وأطلق الشيخ الصوم أين شاء ، وتردد فيه المصنف في الشرائع . والتحقيق ماقلناه .

(الثالثة) لو نذر الصلاة في زمان معين تعين الاتيان بها فيه مطلقاً ، سواء كان ذامزية أولا ، ولو فعلها في غيره لم يجز مطلقاً ، سواء زاد الزمان مزية أولا. أما المكان فان خلا عن المزية لم يتعين وجازت الصلاة أين كان . وهو فتوى الشيخ في المبسوط ، وتردد فيه المصنف أيضاً من عدم التفاوت ومن وجوب الاتيان بالمنذور على وجهه . والفتوى على الاول، لعدم تناول النذر خصوصية المكان ، اذ لا رجحان فيه .

ويرد سؤال ، تقريره : ما الفرق بين الزمان والمكان في تعين الاول وعدم تعين الثاني مع تعلق النذر بهما ؟ ويجاب بوجوه :

الاول : ان الوقت سبب في حدوث الوجوب بحدوثه بخلاف المكان .

(السادسة) : من جعل دابته اوجاريته هدياً لبيت‌الله بيع ذلك وصرف ثمنه في معونة الحاج والزائرين .

الثاني: ان الوقت لايمكن تعدده وهومن مشخصات الأفعال، فقبله لايجب وبعده يمتنع عوده فلايكون الفعل في غيره هوالمنذور بل مغايراً .

الثالث: النذريصيرالوقت المنذور فيه وقتاً محدوداً لتلك العبادة فلايجزي في غيره ، أما اذا كان المكان ذامزية فلايجزي في الادون قطعاً كمسجد السوق بالنسبة الى مسجد القبيلة، فان الاول باثني عشرصلاة والثاني بخمسة وعشرين.

وكذا لايجزي في المساوي أيضاً على الاقوى ، لعموم « أوفوا بعهد الله اذا عاهدتم »[1] وعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه[2] .

وهل يجزي فى الاعلى مزية كما لو نذرها في مسجدالنبى صلى‌الله عليه وآله وسلم ففعلها في المسجد الحرام ام لا ؟ فاشكال من عدم الاتيان بالمنذور على وجهه ومن حصول المقصود وزيادة، فان‌القلانسي روى عن الصادق عليه‌السلام: انها في مسجدالنبى صلى‌الله عليه وآله وسلم بعشرة آلاف وفي‌المسجد الحرام بمائة الف[3] .

قوله : من جعل دابته اوجاريته هدياً للبيت بيع ذلك وصرف ثمنه فى معونة الحاج والزائرين

هكذا وردت الرواية[4] ، وطرد الاصحاب الحكم بما لوكان المنذور غير

١) سورة النحل : ٩١ .
٢) سنن ابن ماجة ٦٨٧/١ .
٣) الوسائل ٥٣٦/٣ .
٤) التهذيب ٤٤٠/٥ ، الكافى ٥٤٣/٤ .

(السابعة) روى اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام فى رجل كانت عليه حجة الاسلام فأراد أن يحج، فقيل له : تزوج ثم حج، قال : ان تزوجت قبل ان أحج فغلامي حر، فبدأ بالنكاح فقال : تحرر الغلام . وفيه اشكال الا أن يكون نذراً .

(الثامنة) : روى رفاعة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل نذر الحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أيجزى عن نذره ؟ قال : نعم وفيه اشكال الا أن يقصد ذلك بالنذر .

الدابة والجارية أو كان المنذور له غير البيت كالمسجد والمشهد، لاتحاد الطريق في ذلك من كله من غير فرق .

قوله: روى اسحاق بن عمار عن ابى ابراهيم عليه السلام[1]) فى رجل قال: ان تزوجت قبل ان احج فغلامى حر، فبدأ بالنكاح تحرر الغلام، وفيه اشكال الا ان يكون نذراً

هذه الرواية أفتى بمضمونها الشيخ في النهاية[2] واستشكلها المصنف من حيث عدم صحة العتق معلقاً على شرط غير النذر والموت، والفرض خلو الرواية من ذكرهما فلا يقع التحرير . ومن حيث امكان ارادة النذر ووقوعه من اللافظ والاهمال من الراوي .

والتحقيق أنه ان كان ذلك نذراً وحصلت شرائطه اللفظية والمعنوية حكم بالتحرير والا فلا .

قوله: روى رفاعة عن ابى عبدالله عليه السلام: رجل نذر الحج ولم يكن له مال فحج عن غيره أيجزى عن نذره ؟ قال : نعم[3]) وفيه اشكال الا ان يقصد ذلك بالنذر

---

١) الكافى ٤٥٥/٧ ، التهذيب ٣٠٤/٨ .

٢) النهاية : ٥٦٤ .

٣) التهذيب ٣١٥/٨ .

(التاسعة) : قيل من نذر ألا يبيع خادماً أبداً لزمه الوفاء وان احتاج الى ثمنه ! وهو استناداً الى رواية مرسلة .

هذه أيضاً أفتى الشيخ في النهاية[1] بمضمونها. وينشأالاشكال من حيث أن نذرالحج مطلقاً يوجب استقراره في ذمة الناذرفيفتقر في ايقاعه الى نية وقصد ، لما تقرر من افتقاركل عبادة الى ذلك، وحجه عن غيره ليس فيه قصد الحج عن نفسه أوعن غيره ، فان ذلك لايوجب تعين الحج في ذمته عن نفسه بل أعم من الامرين . وحينئذ لو حج عن غيره فقد أتى بالمنذور ، لانه أحد الامرين الواجبين علىالتخيير ، فيتفرع على ذلك فروع :

الاول : أنه يجب عليه التعرض لتحصيل شرط الحج عن نفسه أوعن غيره بحسب الامكان الشرعي والعرفي .

الثاني : لولم يتمكن من الاستطاعة عن نفسه وحصلت بالايجار للحج عن غيره وجب عليهالقبول، لانه قيام بأحد الواجبين المجزيتين[2] مع عدم الاخر .

الثالث : المراد بالاستطاعة هنا العقلية لاالشرعية التي يشترط فيها ملك الزاد والراحلة فاضلا عن مسكنه وخادمه وثيابه .

الرابع: لوحج عنغيره بأحد الملزمات وجب فيالنية التعرض للوجوب للسبب الملزم أو النذر معاً فينيته .

الخامس : ان كان النذر مقيداً بزمان وجب ماذكرناه في ذلك الزمان، وان كان مطلقاً وجب موسعاً ، ويتضيق عند ظن الموت كسائرالموسعات .

قوله : قيل من نذران لايبيع خادماً أبداً لزمهالوفاء وان احتاج الى ثمنها ، وهواستناد الى رواية مرسلة

---

١) النهاية : ٥٦٧ .

٢) في بعض النسخ : المخيرين.

(العاشرة): العهد كاليمين يلزم حيث تلزم. ولو تعلق بما الاعود مخالفته ديناً او نياً خالف ان شاء، ولااثم ولا كفارة .

القائل هو الشيخ في النهاية[1] والمستند رواية احمد بن محمد بن ابى نصر عن الحسن بن علي عن ابى الحسن عليه السلام قال : قلت له : ان لي جارية ليس لها مني مكان ولاناحية وهي تحتمل الثمن الا اني كنت حلفت منها يمين فقلت لله علي ان لا أبيعها أبداً ولي الى ثمنها حاجة مع تخفيف المؤنة . فقال : ف لله بقولك[2] . وهي غير مرسلة كما قال المصنف[3] .

قال ابن ادريس : هذا غير مستقيم ، للاجماع على أنه متى كان للناذر صلاح ديني ودنياوي جاز مخالفة نذره من غير كفارة .

قلت : هذا مبني على جواز نذر المباح ، وفيه منع لما تقدم من اشتراط كون المنذور طاعة ، وعلى تقدير القول به ـ كماهو مدلول الرواية ـ انما منع من المخالفة وأوجب الوفاء بالنذر ، لان المذكور من الحاجة فيها حاجة ضعيفة وهي تخفيف المؤنة، وذلك غير محوج[4] الى مخالفة النذر .

قال الشهيد في قوله عليه السلام « ف لله بقولك » دقيقة، هي ان النذر يسمى يميناً فيعلم منه أن كل موضع يتوقف على اذن الغير في اليمين يتوقف في النذر ، ومنه يستنبط توقف نذر الولد على اذن الوالد، لوجود النص على أنه لا يمين لولد مع والده .

---

١) النهاية : ٥٦٧ .

٢) التهذيب ٨ / ٣١٠ ، الاستبصار ٤ / ٤٦ .

٣) اى ليس كما قال المصنف بل هى متصلة لكنها ضعيفة الرجال ، فقد شاركت المرسل فى ضعف التمسك بل الضعيف أوهى من المرسل ، لانه لاشك فى رده وقد يتمسك بكثير من المراسيل بل قد يطلق عليها الصحيح . كذا فى هامش المخطوطة .

٤) فى بعض النسخ : غير مخرج .

وفيه نظر ، لان التسمية وجدت في كلام السائل لا الامام ، والتقدير على التسمية ليس تسمية ، لان ايراد الصيغة وتسمية الامام لها نذراً منبه على أنه ليس يمين كما توهمه السائل بل نذر وكل نذر يجب الوفاء به .

نعم لقائل أن يقول على تقدير اشتراط كون المنذور طاعة : فماوجه العمل بالرواية ، اذ عدم البيع ليس طاعة في نفسه .

فيجاب : بأنه وان لم يكن طاعة في نفسه لكنه وسيلة الى الطاعة ، لانه مع استمرار الملك سبع سنين يستحب العتق ، والوسائل تابعة للمقاصد .

تم القسم الثالث وهو قسم الايقاعات فلنشرع فى الرابع وهو الاحكام .

فهرس الكتاب

كتاب النكاح (٣ ـ ٢٨٩)

كتاب الطلاق (٢٩٠ ـ ٣٥٨)

كتاب الخلع والمباراة (٣٥٩ - ٣٦٦)

كتاب الظهار (٣٦٧ - ٣٨٤)

كتاب الايلاء (٣٨٥ ـ ٤١٤)

كتاب اللعان (٤١٥ ـ ٤٢٨)

كتاب العتق (٤٢٩ ـ ٤٥٦)

من مخطوطات

مكتبة آية الله المرعشي العامة

سلسلة تعني بالتراث المخطوط المحفوظ في أجنحة مكتبة آية الله العظمى المرعشي العامة بقم، فتطبع تباعاً بطباعة جيدة واخراج أنيق ، وقد طبع حتى الان في هذه السلسلة الكتب التالية :

١ ـ اطائب الكلم في بيان صلة الرحم

تأليف الشيخ حسن بن علي بن عبدالعالي الكركي العاملي

اعداد السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٣٩٤ هـ

٢ ـ فقه القرآن

تأليف قطب الدين سعيد بن هبة الله الراوندي

تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٣٩٩ هـ في جزئين

٣ ـ قواعد المرام في علم الكلام

تأليف كمال الدين ميثم بن علي بن ميثم البحراني

طبع سنة ١٣٩٨ هـ

٤ ـ الدر المنثور من المأثور وغير المأثور

تأليف الشيخ علي بن محمد بن الحسن بن زين الدين العاملي

طبع سنة ١٣٩٨ ﻫ في جزئين

٥ ـ رياض العلماء وحياض الفضلاء

تأليف الميرزا عبدالله أفندي الاصبهاني

تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠١ ﻫ في ستة أجزاء

٦ ـ فضل زيارة الحسين عليه السلام

تأليف الشريف محمد بن علي بن الحسن العلوي الشجري

اعداد السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠٣ ﻫ

٧ ـ نضد القواعد الفقهية

تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري

تحقيق السيد عبداللطيف الكوهكمري ، طبع سنة ١٤٠٣ ﻫ

٨ ـ رسالتاآل بابويه وعلماء البحرين

تأليف : الشيخ سليمان بن عبدالله الماحوزي البحراني

تحقيق السيد أحمد الحسيني ، طبع سنة ١٤٠٤ ﻫ

٩ ـ التنقيح الرائع لمختصر الشرائع

تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري

تحقيق السيد عبداللطيف الكوهكمري، طبع سنة ١٤٠٤ فى أربعة اجزاء

١٠ ـ هداية الطالبين في شرح نهج المسترشدين

تأليف الفقيه المقداد بن عبدالله السيوري

تحقيق السيد مهدي الرجائي، طبع سنة ١٤٠٥ ﻫ